FREDIE DIDIER JR.

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento

Conforme o Novo CPC, o Provimento nº 37/2014 (Conselho Nacional de Justiça), a Resolução nº 118/2014 (Conselho Nacional do Ministério Público) e as Leis nºs 13.015/2014 (Recursos de Revista Repetitivos), 13.043/2014, 13.058/2014 e 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole)

Edição 2015

1

17ª edição
revista, ampliada e atualizada

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Curso de **Direito Processual Civil**

INTRODUÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL,
PARTE GERAL E PROCESSO DE CONHECIMENTO

1

Fredie Didier Jr.

Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. *www.frediedidier.com.br*

Curso de Direito Processual Civil

INTRODUÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL, PARTE GERAL E PROCESSO DE CONHECIMENTO

1

17ª edição

Conforme o Novo CPC, o Provimento nº 37/2014 (Conselho Nacional de Justiça), a Resolução nº 118/2014 (Conselho Nacional do Ministério Público) e as Leis nos 13.015/2014 (Recursos de Revista Repetitivos), 13.043/2014, 13.058/2014 e 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole)

2015

EDITORA JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

EDITORA *Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições *Jus*PODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim *(www.buenojardim.com.br)*

Diagramação: Maitê Coelho

Didier Jr., Fredie
D556 Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. – 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
v.1.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-442-0353-8

1. Direito processual – Brasil. 2. Processo civil – Brasil. 3. Jurisdição. 4. Competência (Autoridade legal). 5. Conciliação (Processo civil). 6. Preclusão (Direito processual). 7. Litisconsórcio. 8. Extinção do processo. 9. Suspensão do processo. I. Título.

CDD: 347.81053

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

A José Joaquim Calmon de Passos.

A José Joaquim Calmon de Passos.

Sumário

Nota do autor à 17ª edição 21
Prefácio 25

Capítulo 1 ▶ Introdução ao Direito Processual Civil 29
1. Introdução 29
2. Conceito de processo 30
3. Teoria Geral do Processo, Ciência do Direito Processual Civil e Direito Processual Civil 34
4. Processo e direito material. Instrumentalidade do processo. Relação circular entre o direito material e o processo 37
5. Algumas características do pensamento jurídico contemporâneo 39
6. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo ou formalismo valorativo. A atual fase metodológica da ciência do processo 42
7. A ciência do processo e a nova metodologia jurídica 46
   7.1. Constituição e processo. O art. 1º do CPC 46
   7.2. Princípios processuais 48
   7.3. A nova feição da atividade jurisdicional e o Direito processual: sistema de precedentes, criatividade judicial e cláusulas gerais processuais 50
   7.4. Processo e direitos fundamentais 54
8. Aplicação da norma processual no tempo 56
9. A tradição jurídica brasileira: nem *civil law* nem *common law* 57

Capítulo 2 ▶ Normas fundamentais do processo civil 61
1. Direito Processual Fundamental 61
2. Princípios 63
   2.1. Princípio do devido processo legal 63
      2.1.1. Considerações gerais 63
      2.1.2. Conteúdo 64
      2.1.3. Devido processo legal formal e devido processo legal substancial 67
      2.1.4. Devido processo legal e relações jurídicas privadas 72
   2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana 75
   2.3. Princípio do contraditório 78
      2.3.1. Generalidades e a regra da proibição de decisão-surpresa 78
      2.3.2. Dever de o juiz zelar pelo efetivo contraditório 84
   2.4. Princípio da ampla defesa 85
   2.5. Princípio da publicidade 86
   2.6. Princípio da duração razoável do processo 93
   2.7. Princípio da igualdade processual (paridade de armas) 97
   2.8. Princípio da eficiência 98
   2.9. Princípio da boa-fé processual 104
      2.9.1. Generalidades 104
      2.9.2. Fundamento constitucional do princípio da boa-fé processual 107
      2.9.3. Destinatário da norma 109

2.9.4. Concretização do princípio da boa-fé processual 110
2.10. Princípio da efetividade 113
2.11. Princípio da adequação (legal, jurisdicional e negocial) do processo 114
2.11.1. Generalidades 114
2.11.2. Critérios de adequação 115
2.11.3. Adequação jurisdicional do processo 117
2.11.4. Adequação negocial do processo 120
2.12. Princípio da cooperação e o modelo do processo civil brasileiro 120
2.12.1. Nota introdutória 120
2.12.2. "Princípios" dispositivo e inquisitivo. Modelos tradicionais de organização do processo: adversarial e inquisitorial 120
2.12.3. Processo cooperativo: um terceiro modelo de organização do processo. Princípios e regras de cooperação. Eficácia do princípio da cooperação 124
2.12.4. Dever de o juiz zelar pelo efetivo contraditório, princípio da cooperação e dever de auxílio 131
2.13. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo 132
2.14. Princípio da primazia da decisão de mérito 136
2.15. Princípio da proteção da confiança 137
2.15.1. Proteção da confiança e segurança jurídica 137
2.15.2. Pressupostos para a proteção da confiança 138
2.15.3. Princípio da proteção da confiança e o direito processual civil 141
3. Regras 145
3.1. Regras da instauração do processo por iniciativa da parte e de desenvolvimento do processo por impulso oficial 145
3.1.1. Instauração do processo por iniciativa da parte 145
3.1.2. Desenvolvimento do processo por impulso oficial 145
3.2. Regra da obediência à ordem cronológica de conclusão 146
3.2.1. Generalidades 146
3.2.2. Regras que excetuam o dever de respeito à ordem cronológica de conclusão 147
3.2.3. Calendário processual e dever de observância da ordem cronológica de conclusão 150
3.2.4. Consequências do descumprimento da regra 150
3.2.5. Extensão da regra à atuação do escrivão ou chefe de secretaria 151
3.2.6. Direito transitório 151
4. Norma fundamental de interpretação do Código de Processo Civil: *o postulado hermenêutico da unidade do Código* 151

Capítulo 3 ▶ Jurisdição 153
1. Conceito e características da jurisdição 153
1.1. Conceito 153
1.2. Decisão por terceiro imparcial – heterocomposição 154
1.3. A jurisdição como manifestação do Poder: a imperatividade e a inevitabilidade da jurisdição 156
1.4. A jurisdição como atividade criativa 157
1.5. Jurisdição como técnica de tutela de direitos mediante um processo 162
1.6. A jurisdição sempre atua em uma situação jurídica concreta 162
1.7. Insuscetibilidade de *controle externo* 163
1.8. Aptidão para a coisa julgada 163
2. Equivalentes jurisdicionais 164
2.1. Generalidades 164

2.2. Autotutela ... 164
2.3. Autocomposição ... 165
2.4. Julgamento de conflitos por tribunal administrativo (solução estatal não-jurisdicional de conflitos) ... 166
3. Arbitragem ... 169
4. Princípios da jurisdição ... 174
4.1. Territorialidade ... 174
4.2. Indelegabilidade ... 175
4.3. Inafastabilidade ... 177
4.4. Juiz natural ... 182
5. A jurisdição voluntária ... 185
5.1. Generalidades ... 185
5.2. Classificação dos procedimentos de jurisdição voluntária de Leonardo Greco ... 189
5.3. A jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados ... 190
5.4. A jurisdição voluntária como atividade jurisdicional ... 191

Capítulo 4 ▶ Competência ... 197
1. Conceito e considerações gerais ... 197
2. Distribuição da competência ... 198
3. Princípios da tipicidade da competência e da indisponibilidade da competência. Regra da inexistência de vácuo de competência ... 199
4. Regra da *Kompetenzkompetenz* ... 200
5. A perpetuação da jurisdição ... 200
6. Competência por distribuição ... 202
7. Classificação da competência ... 203
7.1. Competência do foro (territorial) e competência do juízo ... 203
7.2. Competência originária e derivada ... 203
7.3. Competência relativa e competência absoluta ... 203
7.3.1. A translatio iudicii ... 204
7.3.2. Distinções entre a incompetência relativa e a incompetência absoluta ... 205
8. Foros concorrentes, *forum shopping*, *forum non conveniens* e princípio da competência adequada ... 206
9. Competência constitucional ... 209
10. Competência internacional ... 210
10.1. Considerações gerais ... 210
10.2. Competência internacional concorrente ou cumulativa (arts. 21 e 22, CPC) ... 213
10.3. Competência internacional exclusiva (art. 23, CPC) ... 213
10.4. Competência concorrente e litispendência (art. 24, CPC) ... 214
11. Métodos para identificar o juízo competente ... 214
12. Critérios determinativos de distribuição da competência ... 215
12.1. Consideração introdutória ... 215
12.2. Objetivo: em razão da matéria, em razão da pessoa e em razão do valor da causa ... 215
12.3. Territorial ... 217
12.4. Funcional ... 218
12.4.1. Generalidades ... 218
12.4.2. Competência funcional x competência territorial absoluta ... 218
13. Principais regras de competência territorial ... 220
14. Foros distritais e subseções judiciárias ... 225
15. Modificações da competência ... 226
15.1. Generalidades ... 226

15.2. Não alegação da incompetência relativa ... 226
15.3. Foro de eleição ... 227
15.3.1. Generalidades ... 227
15.3.2. Ineficácia da cláusula abusiva de foro de eleição ... 228
15.3.3. Foro de eleição internacional ... 230
15.4. Conexão e continência ... 230
15.4.1. Considerações gerais sobre a conexão. Conceitos legais de conexão e continência. Insuficiência do conceito legal. A conexão por prejudicialidade ou por preliminaridade ... 230
15.4.2. Forma de alegação ... 234
15.4.3. Distinção entre a alegação de modificação de competência e a alegação de incompetência relativa ... 234
15.4.4. Conexão entre demanda executiva e demanda de conhecimento e conexão entre demandas executivas ... 235
15.4.5. Conexão por afinidade. Um novo modelo de conexão para o julgamento de casos repetitivos ... 236
15.5. Prevenção ... 237
15.6. Outras regras de modificação da competência ... 238
16. Recorribilidade da decisão sobre competência ... 238
17. Conflito de competência ... 240
17.1. Conceito ... 240
17.2. Incompetência, remessa dos autos e conflito de competência ... 241
17.3. Legitimidade e participação do Ministério Público ... 241
17.4. Competência ... 241
17.5. Procedimento ... 243
18. Competência da Justiça Federal ... 244
18.1. Características ... 244
18.2. Competência dos juízes federais em razão da pessoa ... 244
18.2.1. O art. 109, I, CF/1988 ... 244
18.2.1.1. As causas ... 244
18.2.1.2. As pessoas ... 245
18.2.1.3. As exceções ... 250
18.2.2. O art. 109, II, CF/1988 ... 252
18.2.3. O art. 109, VIII, CF/1988 ... 253
18.3. Competência funcional: art. 109, X, segunda parte ... 254
18.4. Competência da Justiça Federal em razão da matéria ... 255
18.4.1. O art. 109, III, CF/1988 ... 255
18.4.2. Causas do art. 109, V-A: grave violação a direitos humanos ... 256
18.4.3. O art. 109, XI, CF/1988: disputa sobre direitos indígenas ... 260
18.4.4. Art. 109, X, parte final: causas referentes à nacionalidade e à naturalização ... 261
18.5. Competência territorial da Justiça Federal ... 261
18.5.1. Considerações gerais ... 261
18.5.2. Art. 109, §3º, CF/1988: juízo estadual com competência federal ... 264
18.6. Competência do Tribunal Regional Federal (art. 108 da CF/1988) ... 267

Capítulo 5 ▸ Mediação e Conciliação ... 273
1. A política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos. O princípio do estímulo da solução do litígio por autocomposição ... 273
2. A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça ... 274
3. Mediação e conciliação: distinções e semelhanças ... 275

4. Normas que regem a mediação e a conciliação 277
5. O centro de solução de conflitos 278
6. As câmaras privadas de mediação e conciliação 278
7. As câmaras administrativas de mediação e conciliação 279
8. Considerações críticas 279

Capítulo 6 ▸ Teoria da Ação: da ação e do direito de ação 281
1. Direito de ação, ação, procedimento e direito afirmado 281
2. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas 283
3. A demanda e a relação jurídica substancial 286
4. Elementos da ação 287
   4.1. Causa de pedir e pedido 287
   4.2. Partes 287
5. Classificação das ações 288
   5.1. Classificação segundo a natureza da relação jurídica discutida: real e pessoal 288
   5.2. Classificação segundo o objeto do pedido mediato: mobiliária ou imobiliária 289
   5.3. Classificação segundo o tipo de tutela jurisdicional: conhecimento, cautelar e executiva. Ações sincréticas 289
   5.4. Ações de conhecimento: condenatórias, constitutivas e declaratórias 289
      5.4.1. Ações condenatórias: as ações de prestação 289
      5.4.2. Ações constitutivas 290
      5.4.3. Ações (meramente) declaratórias 292
      5.4.4. O art. 20 do CPC. Distinção entre ação meramente declaratória e ação de condenatória. O art. 515, I, do CPC 295
      5.4.5. Ações mandamentais e ações executivas em sentido amplo. As classificações quinária e quaternária das ações 297
   5.5. Ações dúplices 301
6. Cumulação de ações 302
7. Concurso de ações (concurso de direitos) 302
8. As condições da ação e o novo CPC 304

Capítulo 7 ▸ Pressupostos processuais 309
1. Pressuposto processual: noções gerais 309
2. Pressupostos de existência e requisitos de validade 310
3. Alguns "mitos" sobre os pressupostos processuais 312
4. A classificação proposta 313
5. Pressupostos processuais subjetivos 314
   5.1. Capacidade de ser parte 314
   5.2. Existência de órgão investido de jurisdição 316
   5.3. Pressuposto processual objetivo: a existência de ato inicial do procedimento que introduza o objeto da decisão 316
6. Requisitos processuais subjetivos de validade 316
   6.1. Capacidade processual 316
      6.1.1. Generalidades 316
      6.1.2. Possíveis consequências da incapacidade processual 319
   6.2. Capacidade processual das pessoas casadas 320
      6.2.1. Consideração introdutória 320
      6.2.2. Capacidade processual dos cônjuges nas ações reais imobiliárias 320
         6.2.2.1. O art. 1.647 do Código Civil 320
         6.2.2.2. A restrição da capacidade processual 321

6.2.2.3. Forma e prova do consentimento 323
6.2.2.4. Aplicação à união estável documentada 323
6.2.2.5. O controle da ilegitimidade processual do cônjuge 324
6.2.2.6. Suprimento judicial do consentimento (art. 74 do CPC e art. 1.648 do Código Civil) 325
6.2.3. Dívidas solidárias e litisconsórcio necessário entre os cônjuges (incisos II e III do § 1º do art. 73 do CPC) 326
6.3. O curador especial 328
6.4. Capacidade postulatória 333
6.4.1. Generalidades 333
6.4.2. Ato praticado por advogado sem procuração 335
6.4.3. A procuração 337
6.5. Competência 338
6.6. Imparcialidade 338
7. Requisito processual objetivo intrínseco: respeito ao formalismo processual 339
8. Requisitos processuais objetivos extrínsecos e negativos 340
9. A legitimação para agir e o interesse processual 342
9.1. Observação introdutória 342
9.2. O art. 17 do CPC 342
9.3. Legitimação para agir 343
9.3.1. Noção 343
9.3.2. Classificação 344
9.3.3. Substituição processual ou legitimação extraordinária 346
9.3.4. Fonte normativa da legitimação extraordinária 350
9.3.4.1. Generalidades 350
9.3.4.2. A legitimação extraordinária negocial 351
9.3.5. Substituição processual e sucessão processual 356
9.3.6. Substituição processual e representação processual 356
9.3.7. Legitimidade ordinária como questão de mérito 356
9.4. O interesse de agir 359
9.4.1. Generalidades 359
9.4.2. O interesse-utilidade 360
9.4.3. O interesse-necessidade e as ações necessárias 361
9.4.4. Interesse de agir nas ações declaratórias 362
9.4.5. O denominado interesse-adequação 364
9.5. A teoria da asserção: exame da legitimidade e do interesse de agir à luz do que foi afirmado pela parte 365
10. As diversas posições jurídicas que um sujeito pode assumir em um mesmo processo: a dinamicidade das capacidades processuais, do interesse processual e da legitimidade 368

Capítulo 8 ▶ Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais 371
1. Nota explicativa 371
2. Ato e procedimento 372
3. Conceito de fato jurídico processual 372
4. Classificação dos fatos jurídicos processuais em sentido amplo 375
5. Negócios processuais 376
5.1. Noções gerais, espécies e classificação 376
5.2. Negócios processuais atípicos 380
5.2.1. A cláusula geral de negociação sobre o processo. O princípio da atipicidade da negociação sobre o processo 380

5.2.2. Regras gerais da negociação processual 382
5.2.3. Negócios processuais celebrados pelas partes com o juiz. 383
5.2.4. Momento de celebração 383
5.2.5. Requisitos de validade 384
5.2.5.1. Generalidades 384
5.2.5.2. Capacidade. 384
5.2.5.3. Objeto 387
5.2.5.4. Forma 389
5.2.6. Anulabilidade 390
5.2.7. Eficácia e revogabilidade 390
5.2.8. Inadimplemento e ônus da alegação 391
5.2.9. Efetivação 391
5.2.10. Princípio da boa-fé e negociação processual 392
5.2.11. Interpretação 392
5.2.12. Negócios processuais coletivos e negócios processuais que dizem respeito a processos indeterminados 393
6. Ato ilícito processual 394

Capítulo 9 ▶ Invalidades Processuais 397
1. Consideração introdutória 397
2. Noções básicas sobre os planos da existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos 398
3. Sistema de invalidades processuais 400
3.1. Sistema de invalidades processuais e sistema de invalidades do direito material 400
3.2. O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada 401
3.3. Os tipos de defeito processual 401
3.4. Não há invalidade sem prejuízo 404
3.5. Intervenção do Ministério Público e invalidade 405
3.6. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade 405
3.7. Sanabilidade dos defeitos processuais 406
3.8. Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento 407
3.9. Invalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça 409
3.10. Máxima da proporcionalidade e princípios da cooperação e da eficiência aplicados ao sistema das invalidades processuais 412
3.11. O princípio da boa-fé processual e a regra da proibição do *venire contra factum proprium* 413
3.12. Princípio da proteção da confiança 415
3.13. Decisão sobre a invalidade e preclusão 416

Capítulo 10 ▶ Preclusão 417
1. Conceito 417
2. Fundamentos da preclusão e o seu papel no formalismo processual 418
3. Classificação 420
3.1. Generalidades 420
3.2. Preclusão temporal 421
3.3. Preclusão lógica 422
3.4. Preclusão consumativa 424
3.5. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva 424

4. Natureza jurídica ... 425
4.1. A preclusão como fato e como efeito jurídico ... 425
4.2. A preclusão como sanção ... 426
5. Preclusão, prescrição e decadência ... 427
6. Preclusão para o juiz ... 428
7. Efeitos da preclusão ... 429

Capítulo 11 ▶ Teoria da Cognição Judicial ... 431
1. Conceito de cognição ... 431
2. Conceito de questão ... 431
3. Resolução das questões: resolução *incidenter tantum* e resolução *principaliter* ... 432
4. Objeto do processo e objeto litigioso do processo ... 434
5. Objeto da cognição judicial (tipologia das questões) ... 438
5.1. Consideração introdutória ... 438
5.2. Questões de fato e questões de direito ... 438
5.3. Questões prévias: questões preliminares e questões prejudiciais ... 440
5.4. Pressupostos processuais e mérito: questões de admissibilidade e questões de mérito ... 443
6. Espécies de cognição ... 445

Capítulo 12 ▶ Litisconsórcio ... 449
1. Conceito ... 449
2. Classificação ... 449
2.1. Ativo, passivo e misto ... 449
2.2. Inicial e ulterior ... 449
2.3. Unitário e simples ... 450
2.3.1. Unitário ... 450
2.3.2. Simples ou comum ... 451
2.4. Necessário e facultativo ... 451
2.4.1. Generalidades ... 451
2.4.2. Litisconsórcio necessário unitário, litisconsórcio facultativo unitário e hipóteses de intervenção *iussu iudicis* ... 452
2.4.3. Litisconsórcio necessário por força de lei ... 455
2.4.4. Síntese das combinações possíveis entre os litisconsórcios unitário, simples, necessário e facultativo ... 456
2.4.5. Litisconsórcio necessário ativo ... 456
2.4.6. Natureza da sentença proferida contra litisconsorte necessário não citado ... 462
2.4.7. Litisconsórcio necessário e negócio jurídico processual ... 463
2.4.8. Litisconsórcio facultativo unitário e coisa julgada ... 464
3. Regime de tratamento dos litisconsortes ... 466
4. Modalidades especiais de Litisconsórcio facultativo e cumulação de pedidos ... 468
4.1. Litisconsórcio sucessivo ... 468
4.2. Litisconsórcio eventual ... 468
4.3. Litisconsórcio alternativo ... 470
5. Litisconsórcio por comunhão, por conexão ou por afinidade. Litisconsórcio facultativo impróprio. Litisconsórcio recusável. Litisconsórcio multitudinário ... 470

Capítulo 13 ▶ Intervenção de terceiro ... 475
1. Introdução às intervenções de terceiro ... 475
1.1. Conceitos fundamentais ... 475

1.1.1. Conceito de parte 475
1.1.2. Conceito de terceiro 476
1.1.3. Conceito de intervenção de terceiro 476
1.1.4. Processo incidente e incidente do processo 476
1.2. Fundamentos para as intervenções de terceiro 477
1.3. Efeitos no processo 478
1.4. Controle pelo magistrado 478
1.5. Cabimento 479
1.5.1. Regra geral 479
1.5.2. Juizados Especiais Cíveis 479
2. Assistência 479
2.1. Considerações gerais 479
2.2. Procedimento 480
2.3. Assistência simples 481
2.3.1. Considerações gerais 481
2.3.2. Poderes do assistente simples 483
2.3.2.1. Combinação das regras decorrentes dos arts. 121, par. ún., e 122, CPC 483
2.3.2.2. Análise do par. ún. do art. 121 do CPC: omissões negociais e não negociais do assistido 485
2.3.3. Eficácia preclusiva da intervenção 486
2.4. Assistência litisconsorcial 487
2.5. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (*lato sensu*) como assistente simples em processo individual 489
3. Denunciação da lide 491
3.1. Generalidades 491
3.2. Facultatividade da denunciação da lide 494
3.3. Posição processual do denunciado 495
3.4. A denunciação da lide em caso de evicção (art. 125, I, CPC) 497
3.5. A denunciação da lide com base no inciso II do art. 125 do CPC 498
3.5.1. Considerações gerais 498
3.5.2. A concepção restritiva 499
3.5.3. A concepção ampliativa. 501
3.5.4. A posição do Superior Tribunal de Justiça 504
3.5.5. Síntese conclusiva: a nossa opinião 505
3.6. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo autor (arts. 126-127, CPC) 506
3.7. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo réu (arts. 126 e 128, CPC) 507
4. Chamamento ao processo. 507
5. Denunciação da lide e chamamento ao processo em causas de consumo 510
6. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica 513
6.1. Generalidades 513
6.2. A desconsideração da personalidade jurídica: suas origens como instrumento de supressão do privilégio da limitação da responsabilidade 514
6.3. A desconsideração da personalidade jurídica: a construção doutrinária brasileira 516
6.4. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. 519
7. Intervenção de *amicus curiae* 522
8. Outras intervenções decorrentes da resposta do réu 526
9. A intervenção *iussu iudicis* 527
10. Intervenções especiais dos entes públicos 529
11. Intervenção litisconsorcial voluntária ou litisconsórcio facultativo ulterior simples 532

12. Intervenção de terceiro especial no processo da ação de alimentos (art. 1.698 do Código Civil) 535

Capítulo 14 ▶ Alienação da coisa ou do direito litigioso 541

Capítulo 15 ▶ Formação do processo e petição inicial 547
1. Formação do processo 547
2. Petição inicial e demanda 548
3. Requisitos da petição inicial 548
   3.1. Forma 548
   3.2. Assinatura de quem possua capacidade postulatória 548
   3.3. Indicação do juízo a que é dirigida a demanda 549
   3.4. Qualificação das partes 549
   3.5. Causa de pedir: o fato e o fundamento jurídico do pedido 551
   3.6. O pedido 555
   3.7. Atribuição de valor à causa 555
   3.8. A indicação dos meios de prova com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados 555
   3.9. Opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação 555
   3.10. Documentos indispensáveis à propositura da demanda 556
4. Emenda da petição inicial 556
5. Indeferimento da petição inicial 558
   5.1. Considerações gerais 558
   5.2. Hipóteses de indeferimento 562
      5.2.1. Inépcia 562
      5.2.2. Ilegitimidade da parte 564
      5.2.3. Falta de interesse processual 564
      5.2.4. Não atendimento ao disposto nos arts. 106 e 321 564
6. Pedido 565
   6.1. Conceito e divisão 565
   6.2. Requisitos 566
   6.3. Cumulação de pedidos 567
      6.3.1. Cumulação própria: simples ou sucessiva 567
      6.3.2. Cumulação imprópria: subsidiária ou alternativa 568
      6.3.3. Cumulação inicial e cumulação ulterior 572
      6.3.4. Requisitos para a cumulação. 573
         6.3.4.1. Compatibilidade dos pedidos 573
         6.3.4.2. Competência 573
         6.3.4.3. Identidade do procedimento ou conversibilidade para o procedimento comum. Cláusula geral de adaptabilidade do procedimento comum. 574
   6.4. Ampliação da demanda 576
   6.5. Redução da demanda 577
   6.6. Alteração objetiva da demanda 578
   6.7. Espécies de pedido 579
      6.7.1. Pedido genérico 579
      6.7.2. Pedido alternativo 582
      6.7.3. Pedido relativo a obrigação indivisível 584
   6.8. Interpretação do pedido e pedido implícito 586

6.8.1. Interpretação da petição inicial. Regras gerais sobre a interpretação dos atos postulatórios 586
6.8.2. Pedido implícito 590

Capítulo 16 ▶ Improcedência liminar do pedido 593
1. Conceito e regime jurídico 593
2. Hipóteses expressas de improcedência liminar do pedido 596
2.1. Pedido contrário a precedente obrigatório 596
2.2. Reconhecimento de prescrição ou decadência 598
3. Hipótese atípica de improcedência liminar do pedido 604

Capítulo 17 ▶ Citação 607
1. Generalidades 607
2. A citação como "pressuposto processual" 607
3. Comparecimento espontâneo do citando 608
4. Pessoalidade da citação 609
5. Local da citação 610
6. Impedimento legal para a citação 610
7. Efeitos da citação 611
8. A citação e a interrupção da prescrição pelo despacho citatório 613
9. Modalidades 615
9.1. Citação pelo correio 615
9.2. Citação por oficial de justiça 616
9.3. Citação por mandado com hora certa 617
9.4. Citação pelo escrivão ou chefe de secretaria 618
9.5. Citação por edital 619
9.6. Citação por meio eletrônico 620

Capítulo 18 ▶ Audiência preliminar de conciliação ou mediação 623

Capítulo 19 ▶ Teoria da exceção, resposta do réu e revelia 627
1. Teoria da exceção 627
1.1. Acepções do termo "exceção" 627
1.2. Exceção em sentido substancial e exceção em sentido processual. Os contradireitos (exceções substanciais) e o seu regime jurídico processual 628
1.3. Da exceção como direito de defesa 630
1.4. Ação *versus* exceção 631
2. Espécies de defesa 632
2.1. Mérito e admissibilidade 632
2.2. Objeções e exceções 633
2.3. Peremptória e dilatória 635
2.4. Direta e indireta 636
2.5. Instrumental e interna 636
3. Resposta do réu 637
4. A contestação 637
4.1. Noção geral 637
4.2. Prazo 637
4.3. A regra da eventualidade ou da concentração da defesa 638
4.4. Defesas de admissibilidade. 640

4.4.1. Inexistência ou nulidade de citação ... 640
4.4.2. Incompetência do juízo. O direito de o réu alegar incompetência no foro do seu domicílio ... 640
4.4.3. Incorreção do valor da causa ... 641
4.4.4. Inépcia da petição inicial ... 642
4.4.5. Perempção, litispendência e coisa julgada ... 642
4.4.6. Conexão e continência ... 642
4.4.7. Incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização ... 642
4.4.8. Alegação de convenção de arbitragem ... 643
4.4.8.1. Generalidades ... 643
4.4.8.2. Alegação de convenção de arbitragem e a *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral ... 644
4.4.8.3. Decisão sobre a alegação de convenção de arbitragem ... 646
4.4.9. Ausência de legitimidade ou de interesse processual. O direito de substituição do réu e o dever de o réu indicar o legitimado passivo. Novas hipóteses de intervenção de terceiro. ... 647
4.4.10. Falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar ... 648
4.4.11. Indevida concessão do benefício da gratuidade concedido ao autor ... 649
4.5. Defesas que têm de ser alegadas fora da contestação e que podem ser alegadas depois da contestação ... 649
4.6. Crítica à interpretação literal do art. 337 do CPC. Quebra do dogma da primazia da defesa de admissibilidade sobre a defesa de mérito ... 650
4.7. Ônus da impugnação especificada ... 652
4.7.1. Noção ... 652
4.7.2. Representantes judiciais que estão dispensados deste ônus (art. 341, par. ún., CPC) ... 652
4.7.3. Afirmações de fato que, mesmo não impugnadas especificadamente, não serão havidas como verdadeiras ... 654
4.8. Forma e requisitos ... 655
4.9. Pedido do réu ... 655
4.10. Aditamento e indeferimento da contestação ... 656
4.11. Interpretação ... 657
5. Reconvenção ... 657
5.1. Noções gerais ... 657
5.2. Reconvenção e ampliação subjetiva do processo ... 658
5.3. Requisitos ... 661
5.3.1. Haja uma causa pendente ... 661
5.3.2. A observância do prazo de resposta ... 661
5.3.3. Competência ... 661
5.3.4. Compatibilidade entre os procedimentos ... 661
5.3.5. Conexão ... 662
5.3.6. Interesse processual ... 662
5.3.7. Cabimento ... 663
5.3.8. Despesas processuais ... 663
5.4. Reconvenção e substituição processual ... 663
5.5. Reconvenção e pedido contraposto ... 664
6. A revelia ... 664
6.1. Noção ... 664
6.2. Efeitos ... 665
6.3. Mitigações à eficácia da revelia ... 665
6.3.1. A presunção de veracidade não é efeito necessário da revelia ... 665

6.3.2. Revelia não implica necessariamente vitória do autor 667
6.3.3. Matérias que podem ser alegadas após o prazo de defesa 667
6.3.4. Proibição de alteração de pedido ou da causa de pedir (art. 329, II, CPC) 668
6.3.5. Intervenção do réu revel 668
6.3.6. Necessidade de intimação do réu revel que tenha advogado constituído nos autos 668
6.3.7. Possibilidade de ação rescisória por erro de fato 669
6.3.8. *Querela nullitatis* 669
6.3.9. Impedimento à extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental 669
6.4. Revelia na reconvenção 670

Capítulo 20 ▸ Arguição de impedimento ou suspeição 671
1. Generalidades 671
2. Hipóteses de impedimento 672
3. Hipóteses de suspeição 674
4. Suspensão do processo 677
5. Procedimento, decisão e recursos 677
6. Eficácia externa da decisão sobre a suspeição e o impedimento 680
7. Arguição de impedimento ou suspeição do tribunal ou da maioria absoluta do tribunal 681
8. Impedimento ou suspeição provocados. Imparcialidade aceita e abuso do direito 682

Capítulo 21 ▸ Providências preliminares e julgamento conforme o estado do processo 685
1. Saneamento e fase de saneamento. As providências preliminares 685
2. Julgamento conforme o estado do processo 687
3. Julgamento antecipado do mérito 688
4. Da decisão de saneamento e organização do processo 691
4.1. Generalidades 691
4.2. Audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes 693
4.3. O acordo de organização do processo 694
4.4. O calendário processual 695
4.5. Eficácia preclusiva da decisão de saneamento e de organização do processo em relação ao reexame das questões que podem ser decididas a qualquer tempo pelo órgão jurisdicional 697
4.5.1. Consideração introdutória 697
4.5.2. O juízo de admissibilidade positivo e a preclusão. 698

Capítulo 22 ▸ Extinção do Processo 705
1. Observação introdutória 705
2. Conteúdo das decisões judiciais. As decisões totais e as decisões parciais 706
3. Decisões que não examinam o mérito (art. 485 do CPC) 707
3.1. Generalidades e a primazia da decisão de mérito 707
3.2. Distribuição por dependência em caso de renovação da demanda (art. 286, II) 708
3.3. Efeito regressivo da apelação (art. 485, § 7º) 709
3.4. Análise do art. 486 do CPC 709
3.5. Indeferimento da petição inicial 713
3.6. Abandono do processo pelas partes 713
3.7. Abandono do processo pelo autor 714
3.8. Falta de "pressupostos processuais" 716

3.9. Existência de perempção, litispendência e coisa julgada 716
3.10. Ausência de interesse ou legitimidade 718
3.11. Existência de convenção de arbitragem 720
3.12. Desistência do prosseguimento do processo (revogação da demanda) 720
3.12.1. Generalidades 720
3.12.2. Desistência parcial 721
3.12.3. Desistência da ação e renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação 721
3.12.4. Momento 722
3.12.5. Desistência da ação e desistência do recurso 723
3.12.6. Desistência da ação e consentimento do réu 723
3.12.7. Efeito anexo da decisão que homologa a desistência da ação 724
3.12.8. Desistência da ação e julgamento de casos repetitivos 724
3.12.9. Caso especial: desistência no caso de ente federal ser réu 725
3.12.10. Desistência em processo coletivo 725
3.12.11. Desistência e despesas processuais 726
3.13. Falecimento do autor e intransmissibilidade do direito litigioso 726
3.14. Análise do § 3º do art. 485 do CPC 727
4. Decisões que examinam o mérito (art. 487 Do CPC) 728
4.1. Observação introdutória 728
4.2. Julgamento do mérito: a procedência e a improcedência 729
4.2.1. Generalidades 729
4.2.2. A decisão que não acolhe a afirmação de contradireito como uma decisão de mérito 730
4.3. Homologação da autocomposição das partes 732
4.4. Decisão sobre a decadência ou a prescrição 734

Capítulo 23 ▶ Suspensão do processo 737
1. Noções gerais 737
2. Hipóteses de suspensão 738
2.1. Morte ou perda da capacidade processual de parte, representante legal ou advogado 738
2.2. Convenção das partes 740
2.3. Arguição de impedimento ou suspeição 741
2.4. Admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas 742
2.5. Prejudicialidade ou preliminaridade externa (art. 313, V, "a") 742
2.6. Depender da verificação de um fato ou da produção de uma prova (art. 313, V, "b") 744
2.7. Força maior 744
2.8. Pendência de processo perante tribunal marítimo 745
2.9. Decisão de mérito depender da verificação da ocorrência de delito 745
2.10. Suspensão do processo em razão da concessão de medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade 745
2.11. Outros casos de suspensão 746
3. Prática de atos durante a suspensão do processo 747

Bibliografia 751

Nota do autor à 17ª edição

A primeira edição após o Código de Processo Civil de 2015

Uma nova fase deste *Curso* começa.

Após mais de quatro anos de tramitação legislativa, o Brasil tem um novo Código de Processo Civil: o primeiro Código de Processo Civil publicado em regime democrático; o primeiro código, *tout court*, cuja tramitação legislativa se deu totalmente em regime democrático.

Não é pouca coisa.

Durante dois anos e meio, ajudei a Câmara dos Deputados na tarefa de produzir um texto normativo de consenso. Sérgio Barradas Carneiro, deputado baiano, primeiro relator do projeto na Câmara, me escolheu para assessorá-lo; Paulo Teixeira, o relator que conduziu o processo legislativo até o encerramento na Câmara, me manteve nessa função. Essa foi a maior experiência profissional, intelectual e política da minha vida. Precisarei de outra vida para agradecer a Sérgio e a Paulo pela confiança. Aliás, um registro: posso testemunhar que é possível conduzir um processo legislativo dessa magnitude, com espírito republicano e democrático, capacidade de articulação e perseverança. Sérgio e Paulo honram o Brasil.

Preciso também registrar o trabalho de Fabio Trad, deputado sulmatogrossense. Trad foi o Presidente da Comissão Especial que cuidou do CPC, na Câmara dos Deputados. Advogado militante e deputado em primeiro mandato, Fabio assombrou os pares pelo tirocínio e pelo feito quase inacreditável: conseguiu que o Código fosse aprovado na Comissão Especial em menos de dois anos. Trad é uma das peças-chave que ajudaram a construir o novo CPC.

Como não poderia deixar de ser, este *Curso* vem completamente refeito. É preciso construir, a partir de agora, o sistema do processo civil brasileiro.

Todos os volumes do *Curso* estão sendo reconstruídos. Não estão sendo apenas atualizados; estão sendo repensados. Tarefa difícil, mas extremamente prazerosa.

Tenho de explicar e anunciar algumas coisas.

a) O Curso toma por base o CPC-2015. *Assim, sempre que houver referência ao CPC, o leitor deve saber que estou referindo ao CPC-2015.* Quando mencionar o CPC revogado, farei menção expressa: CPC-1973.

b) O CPC-2015 resolve expressamente uma série de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Quando isso acontecer, apresentaremos um resumo da antiga polêmica e indicaremos a solução legislativa. Não repetiremos os argumentos históricos em derredor da discussão.

c) Este volume do *Curso* vem com capítulos novos: *i)* alegação de impedimento e suspeição; *ii)* audiência preliminar de mediação ou conciliação.

d) Alguns capítulos mudaram de nome: *i)* "Normas fundamentais do processo civil" passa a ser o nome do capítulo dedicado ao "devido processo legal" e outros princípios; *ii)* "Improcedência liminar do pedido" é o novo nome do capítulo dedicado à improcedência *prima facie*; *iii)* "Teoria da ação: da ação e do direito de ação" é a nova designação do capítulo sobre a Teoria da Ação; *iv)* "Formação do processo e petição inicial" é o título do capítulo sobre petição inicial e pedido, que agora vem com item dedicado à formação do processo, suprindo essa lacuna que o *Curso* tinha.

e) O CPC-2015 não mais se vale dos termos "condição da ação" e "carência de ação". Este Curso entende que não há mais razão para o uso dessas categorias – e, por isso, não mais as utiliza. O CPC se refere à legitimidade e ao interesse, simplesmente. Assim, para este *Curso*, o estudo sobre esses assuntos desloca-se para o capítulo sobre os pressupostos processuais, ambiente muito mais adequado, saindo do capítulo sobre a Teoria da Ação. Há explicações sobre essa mudança em ambos os capítulos.

f) Em todos os capítulos há itens novos. São inúmeros. É importante destacar alguns, pela relevância do tema: *i)* no capítulo sobre a Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais, há item dedicado à cláusula geral de negociação sobre o processo, prevista no art. 190 do CPC, uma das principais novidades do novo CPC; *ii)* no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil, os itens dedicados ao "princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo" e à "regra de respeito à ordem cronológica de conclusão" (art. 12, CPC); *iii)* no capítulo sobre as intervenções de terceiro, o item dedicado ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nova modalidade de intervenção de terceiro criada pelo CPC-2015; *iv)* no capítulo sobre os pressupostos processuais, o item dedicado à possibilidade de legitimação extraordinária negociada; *v)* no capítulo introdutório, o item dedicado à aplicação da norma processual no tempo; *vi)* no capítulo sobre litisconsórcio, o item dedicado ao litisconsórcio necessário por força de negócio jurídico processual.

g) O *Curso* passará a ter mais um volume: "Procedimentos Especiais e Direito Processual Civil Internacional", que será o volume 6, escrito pelo autor deste volume juntamente com Leonardo Carneiro da Cunha e Antonio do Passo Cabral; suponho que em 2017 ele venha a ser publicado.

h) O *Curso* já se refere à Lei n. 13.015/2014, que cria o modelo de julgamento de recursos de revista repetitivos no processo trabalhista, à Lei n. 13.043/2014, que altera a regra de competência para a execução fiscal federal, à Lei n. 13.058/2014, que redefine a guarda compartilhada no Brasil, ao Estatuto da Metrópole (Lei n. 13.089/2015), que conceitua região metropolitana, ao Provimento n. 37/2014 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta a averbação da união estável no registro civil, à Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta as convenções processuais celebradas pelo Ministério Público.

i) O *Curso* faz referência aos enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). O FPPC é um encontro semestral de processualistas civis que, há dois anos, vêm discutindo o novo CPC; atualmente, já há mais de trezentos enunciados aprovados, todos por unanimidade, sobre o novo Código. A compilação desses enunciados é uma das principais fontes doutrinárias para a interpretação do novo CPC.

Enfim, são muitas novidades. A tarefa de fazer a "primeira doutrina", como se costuma dizer, já naturalmente difícil, se torna hercúlea quando se pensa em uma lei com mais de mil artigos – contados parágrafos e incisos, mais de três mil dispositivos.

Gostaria de agradecer a Rafael Ferreira, Antonio Adonias Aguiar Bastos, Robson Godinho, Luiz Filipe de Araujo Ribeiro, Roberto Loureiro Plech Filho, Luiz Henrique Volpe Camargo, Paula Sarno Braga e Ravi Peixoto, pelas sugestões para aperfeiçoamento do Curso.

Conto com a ajuda e a paciência do leitor.

Estou, como sempre, à disposição para ouvir críticas e sugestões.

Que os alunos, professores, juristas e tribunais continuem acolhendo este *Curso* da mesma maneira.

Salvador, março de 2015.

Fredie Didier Jr.
www.frediedidier.com.br
facebook.com/FredieDidierJr

g) O Curso passará a ter mais um volume: "Procedimentos Especiais e Direito Processual Civil Internacional", que será o volume 6, escrito pelo autor deste volume juntamente com Leonardo Carneiro da Cunha e Antonio do Passo Cabral; suponho que em 2017 ele venha a ser publicado.

h) O Curso já se refere à Lei n. 13.015/2014, que cria o modelo de julgamento de recursos de revista repetitivos no processo trabalhista, à Lei n. 13.043/2014, que altera a regra de competência para a execução fiscal federal, à Lei n. 13.058/2014, que redefine a guarda compartilhada no Brasil, ao Estatuto da Metrópole (Lei n. 13.089/2015), que concretua região metropolitana, ao Provimento n. 37/2014 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta a averbação da união estável no registro civil, à Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta as convenções processuais celebradas pelo Ministério Público.

i) O Curso faz referência aos enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). O FPPC é um encontro semestral de processualistas civis que, há dois anos, vêm discutindo o novo CPC; atualmente, já há mais de trezentos enunciados aprovados, todos por unanimidade, sobre o novo Código. A compilação desses enunciados é uma das principais fontes doutrinárias para a interpretação do novo CPC.

Enfim, são muitas novidades. A tarefa de fazer a "primeira doutrina", como se costuma dizer, já naturalmente difícil, se torna hercúlea quando se pensa em uma lei com mais de mil artigos – contados parágrafos e incisos, mais de três mil dispositivos.

Gostaria de agradecer a Rafael Ferreira, Antonio Adonias Aguiar Bastos, Robson Godinho, Luiz Filipe de Araújo Ribeiro, Roberto Loureiro Plech Filho, Luiz Henrique Volpe Camargo, Paula Sarno Braga e Ravi Peixoto, pelas sugestões para aperfeiçoamento do Curso.

Conto com a ajuda e a paciência do leitor.

Estou, como sempre, à disposição para ouvir críticas e sugestões.

Que os alunos, professores, juristas e tribunais continuem acolhendo este Curso da mesma maneira.

Salvador, março de 2015.

Fredie Didier Jr.
www.frediedidier.com.br
facebook.com/FrediDidierJr

Prefácio

O assíduo frequentador das obras do Professor Dr. Fredie Didier Jr. deve estar ávido para dar início à leitura do seu aguardado Curso de Direito Processual Civil, na primeira edição à luz do novo Código de Processo Civil, publicado dias atrás.

A democracia exige compromisso e ação. Como todos sabemos, qualquer legislação efetivamente democrática não é obra de um homem só, mas um conjunto de compromissos políticos resultado de influências exercidas por grupos de pressão, *lobbies*, instituições. É claro que, desse caldeirão que gerou o novo CPC, certamente serão formuladas várias boas normas – outras tentativas talvez não logrem o mesmo êxito. A questão é que, concordemos ou não com o Código, gostemos ou não de uma ou outra disposição da nova lei, deve-se reconhecer o enorme esforço que exige a tarefa de redigir uma legislação tão grande e abrangente como um novo Código de Processo. Fredie Didier Jr. não apenas ajudou a desenhar o CPC, mas certamente foi um daqueles que mais se dedicou à tramitação legislativa do novo Código.

Pois bem. Especialmente num momento como este, em que todos querem entender, o mais rápido possível, o novo CPC, não seria nossa intenção adiantar aqui todas as questões tratadas no texto ou mesmo dialogar com o autor sobre convergências e divergências de nossos pontos de vista. Nosso prefácio cumpre, antes de tudo, um dever histórico no Processo Civil brasileiro: prestar a justa homenagem por alguém que doou, nos últimos cinco anos, grande parte do seu tempo e energia para trabalhar no projeto de novo Código de Processo Civil com grande custo pessoal e familiar.

Essa homenagem deve ser feita ao *professor* Fredie Didier Jr., que compôs a Comissão de Juristas responsável por assessorar os Deputados Federais na Câmara dos Deputados e que procurou, ao lado dos demais colegas, imprimir a melhor técnica legislativa ao projeto da Câmara. Deve ser feita ainda, porém, uma homenagem ainda maior ao *cidadão* Fredie, que projetava a confecção de uma lei que fosse a melhor para o Brasil, para resolver problemas de todos os brasileiros, de qualquer Estado ou região, e em qualquer situação financeira.

Mas nossas linhas adquirem um significado maior porque se colocam, outra vez em termos históricos, num momento ímpar da processualística brasileira. A substituição de um Código inteiro por outro pode simbolizar um momento de efetiva virada do processo civil brasileiro – que obviamente tem raízes fortes que já se

insinuavam e já se encontravam presentes na doutrina que evidenciou justamente a necessidade de um novo Código. Isso quer dizer que o conceito, a estrutura e a função do processo civil devem ser reconstruídos a partir de uma doutrina preocupada com a necessidade de efetiva reforma da cultura processual civil. O processo civil deixou de marejar entre os interesses privados (processo como coisa das partes) e os interesses públicos (processo como interesse social) e assumiu uma feição democrática, conciliando o individual e o coletivo, o social e o privado, os advogados, os juízes e as partes. Evidenciado o papel da doutrina como parte fundamental na reconstrução do processo civil, essa passa a ter a incumbência e a responsabilidade de reconstruir o novo sistema, interpretando-o de forma a viabilizar resultados comprometidos com o ideal de protetividade dos direitos que ressaem do direito ao processo justo – ao devido processo, como prefere nosso amigo Fredie.

E nesse cenário será naturalmente reconhecida a doutrina – aquela que pensa efetivamente o direito processual e não se limita a reportar, reproduzir ou repetir o texto da lei ou ideias descompassadas com as necessidades sociais atuais. Fredie nunca fugiu dessa importante tarefa. E não seria nesse momento tão importante que seu pensamento inquieto e crítico – fruto de uma mistura de muita dedicação e estudo e de um intelecto privilegiado – deixaria o leitor desamparado.

Pois agora vem outra grande contribuição do *doutrinador* Fredie Didier Jr. O volume I de seu Curso enfrenta com grande desprendimento inúmeros novos temas do CPC de 2015. O autor não se limitou a alterar artigos de lei, "requentando" texto antigo. Pela simples análise do sumário, vê-se que o curso foi amplamente reescrito. De fato, não seria de esperar outro empenho. Fredie percebeu a mudança estrutural que o novo CPC trouxe para a teoria da norma processual, com novas fontes, os negócios processuais e os precedentes. Inseriu o estudo do CPC no contexto da nova Parte Geral, em especial as suas normas fundamentais. Incrementou as premissas dos meios alternativos de solução de controvérsias, sobretudo a mediação e conciliação, que ganharam corpo e força no novo CPC.

Dentre as novidades, lá se encontra o novo procedimento comum (ao menos o início desse procedimento), desde a propositura da demanda, passando pela resposta do réu até a renovada disciplina da sentença. Fredie avança também em temas "antigos" que foram alterados no novo Código. Não mais se fala em "condições da ação", por exemplo. O autor, portanto, estrutura seu raciocínio com prevalência dos pressupostos processuais entre os requisitos de admissibilidade, tratando da legitimidade e do interesse sem reconduzi-los à superada categoria que tanto serviu para evitar decisões de mérito no processo. O autor propõe, justamente nesse sentido, o princípio da primazia da decisão de mérito, um novo postulado que pode ser reconhecido no art. 4º e na leitura do que denomina ser o "postulado hermenêutico da unidade do Código". Manteve, ainda, grande parte da teoria que se consolidou no novo Código, a relação circular entre direito e processo, as cláusulas gerais

processuais, a relação entre os direitos fundamentais e o processo e a natureza híbrida de nossa tradição processual, nem *common law*, nem *civil law*.

Mas chega a hora de permitir ao leitor ir adiante, mas antes é de bom tom um toque pessoal. Todos os autores deste prefácio têm histórias para contar da convivência diária com Fredie Didier Jr., das conversas, dos e-mails, das comunicações digitais pelos novos aplicativos da nossa época. Percebemos, assim, em cada linha, um pouco dessa nossa convivência, o que muito nos orgulha. A postura aberta e democrática de Fredie, que nos permitiu dialogar, refinar entendimentos, discordar sem romper, reforçando o forte vínculo que nos une na paixão comum pelo processo civil, é uma das suas melhores características. Fredie Didier Jr. é um processualista de sorriso franco, abraço largo e grande senso de humor.

É de praxe, e reza a boa regra, citar um texto de autor importante, consolidado na literatura, ao início e ao final de cada prefácio, para arrematar a ideia central do que se abordou, da pessoa do autor, valorizando ainda mais a obra. Nossa citação será diferente, queremos agradecer pela alegria de conviver com Fredie citando ele mesmo, em um vaticínio antecipado.

"Cada um de nós é um vulcão de imprevisibilidades. O ser humano é imprevisível. E o imprevisível traz consigo um quê de mágico. Fazemos mágica quando atingimos um ponto que jamais imaginamos. Quem são os mágicos senão aqueles que constroem pontes para que alcancemos o imprevisível? Estamos em um momento mágico." (Fredie Didier Jr., "Oração de um moço – sobre aqueles que devem ser evitados". Paraninfia UFBA 2001).

Amigo Fredie, estamos em um momento mágico, parabéns pelo excelente trabalho realizado. Ganhamos nós, ganham todos. *Anima grande*.

Rio de Janeiro, Porto Alegre e Vitória, março de 2015.

Antonio do Passo Cabral
Professor de Direito Processual Civil
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Daniel Mitidiero
Professor de Direito Processual Civil
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Hermes Zaneti Jr.
Professor de Direito Processual Civil
da Universidade Federal do Espírito Santo

Antonio de Passo Cabral
Professor de Direito Processual Civil
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Daniel Mitidiero
Professor de Direito Processual Civil
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Hermes Zaneti Jr.
Professor de Direito Processual Civil
da Universidade Federal do Espírito Santo

CAPÍTULO 1

Introdução ao Direito Processual Civil

Sumário • 1. Introdução – 2. Conceito de processo – 3. Teoria Geral do Processo, Ciência do Direito Processual Civil e Direito Processual Civil – 4. Processo e direito material. Instrumentalidade do processo. Relação circular entre o direito material e o processo – 5. Algumas características do pensamento jurídico contemporâneo – 6. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo ou formalismo valorativo. A atual fase metodológica da ciência do processo – 7. A ciência do processo e a nova metodologia jurídica: 7.1. Constituição e processo. O art. 1º do CPC; 7.2. Princípios processuais; 7.3. A nova feição da atividade jurisdicional e o Direito processual: sistema de precedentes, criatividade judicial e cláusulas gerais processuais; 7.4. Processo e direitos fundamentais – 8. Aplicação da norma processual no tempo – 9. A tradição jurídica brasileira: nem *civil law* nem *common law*.

1. INTRODUÇÃO

Na introdução de um *Curso de Direito Processual Civil*, hão de constar as premissas teóricas que permeiam toda a obra, notadamente quando são indispensáveis à correta compreensão da Teoria Geral do Processo, da Ciência do Direito Processual Civil e do próprio Direito Processual Civil.

Este *Curso* pauta-se na premissa de que o direito processual civil contemporâneo deve ser compreendido a partir da resultante das relações entre o Direito Processual e a Teoria Geral do Direito, o Direito Constitucional e o respectivo Direito material.

É preciso estabelecer um diálogo doutrinário interdisciplinar[1].

A relação entre o processo e o direito material, embora reconhecida há bastante tempo, deve ser continuamente lembrada e revisitada.

A Teoria Geral do Direito e o Direito Constitucional têm passado por profundas transformações nos últimos anos. Todas elas repercutiram e repercutem no direito processual.

Esse capítulo tem o objetivo de *introduzir* o aluno ao modelo teórico que se reputa mais adequado para a correta compreensão e aplicação do direito processual.

Primeiramente, vamos examinar a relação entre o processo e o direito material.

1. Tanto mais consistente um pensamento, tanto maior o número de conexões feitas entre abordagens teóricas diversas, valendo-se dos conceitos de umas e outras de modo uniforme (PECZENIK, Alexsander. *On law and reason*. Lexington: Springer, 2009, p. 143).

Depois, verificaremos de que modo as recentes transformações da metodologia jurídica repercutiram na Teoria Geral do Direito e no Direito Constitucional e, então, de que modo tudo isso repercutiu no direito processual.

Ao final, abordaremos a questão do enquadramento do direito brasileiro nos modelos de sistema jurídico conhecidos como *civil law* e *common law*.

A pretensão didática deste *Curso* impede maiores divagações. Os temas serão abordados com a profundidade suficiente apenas para que possam ser demonstradas as suas conexões com o direito processual.

2. CONCEITO DE PROCESSO

O *processo* pode ser examinado sob perspectiva vária. Variada será, pois, a sua definição.

O processo pode ser compreendido como *método de criação de normas jurídicas*, *ato jurídico complexo (procedimento)* e *relação jurídica*.

Sob o enfoque da *Teoria da Norma Jurídica*, processo é o método de produção de normas jurídicas.

O poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido *processualmente*. Assim, fala-se em *processo legislativo* (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), *processo administrativo* (produção de normas gerais e individualizadas pela Administração) e *processo jurisdicional* (produção de normas pela jurisdição). É possível, ainda, conceber o *processo negocial*, método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada.[2] Para esse livro, importa destacar a concepção de processo como método de exercício da jurisdição. Sob esse enfoque, o conceito de processo pertence à Teoria Geral do Direito[3], para além da Teoria Geral do Processo, que de resto é um excerto daquela.

> A jurisdição exerce-se processualmente. Mas não é qualquer processo que legitima o exercício da função jurisdicional. Ou seja: não basta que tenha havido processo para que o ato jurisdicional seja válido e justo.
>
> O método-processo deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os seus corolários (contraditório, proibição de prova ilícita, adequação, efetividade, juiz natural, duração razoável do processo etc.). A análise do modelo de processo civil brasileiro será feita no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil.

2. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 4; ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22-23; BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 40-43.
3. FAZZALARI, Elio. "Processo. Teoria generale". *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, p. 1.068-1.069.

O *processo* sob a perspectiva da *Teoria do Fato Jurídico* é uma espécie de ato jurídico. Examina-se o processo a partir do *plano da existência* dos fatos jurídicos. Trata-se de um *ato jurídico complexo*. Processo, neste sentido, é sinônimo de *procedimento*.

O ato jurídico complexo é aquele "cujo suporte fáctico é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o *ato* ou os *atos condicionantes* do ato final, os quais, condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim"[4].

Enquadra-se o procedimento na categoria "ato-complexo de formação sucessiva": os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo[5]. O procedimento é ato-complexo de formação sucessiva[6], porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional[7]. O conceito de processo, também aqui, é um conceito da Teoria Geral do Direito, especialmente da Teoria Geral do Processo, que é sub-ramo daquela.

> Pode-se conceber o *procedimento* como um gênero, de que o *processo* seria uma espécie. Neste sentido, *processo* é o *procedimento* estruturado em contraditório[8].
>
> Sucede que, atualmente, é muito rara, talvez inexistente, a possibilidade de atuação estatal (ou privada, no exercício de um poder normativo) que não seja "processual"; ou seja, que não se realize por meio de um procedimento em contraditório. Cogita-se, então, um *direito fundamental à processualização dos procedimentos*: "que sustenta a processualização de âmbitos ou atividades estatais ou privadas que, até então, não eram entendidas como susceptíveis de

4. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.
5. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 31-33.
6. CONSO, Giovanni. *I Fatti Giuridici Processuali Penali*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 124. Em sentido muito próximo, BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 35.
7. Há quem entenda que o processo não é um ato complexo, mas um "ato-procedimento", que é uma "combinação de atos de efeitos jurídicos causalmente ligados entre si", que produz um efeito final, obtido através de uma cadeia causal dos efeitos de cada ato (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 504). No mesmo sentido, SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 100. Os autores trabalham com outra acepção de ato complexo, distinta daquela aqui utilizada.
8. FAZZALARI, Elio. "Processo. Teoria generale", cit., p. 1.072. No Brasil, desenvolvendo o pensamento de Fazzalari, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68-69 e 102-132; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 207.

> se desenvolverem processualmente, desprendendo-se tanto da atividade jurisdicional, como da existência de litígio, acusação ou mesmo risco de privação da liberdade ou dos bens".[9]

Ainda de acordo com a *Teoria do Fato Jurídico*, o processo pode ser encarado como *efeito jurídico*; ou seja, pode-se encará-lo pela perspectiva do *plano da eficácia dos fatos jurídicos*. Nesse sentido, *processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais* (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.)[10]. Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc.

> Pode causar estranheza, de fato, a utilização de um mesmo termo (processo) para designar o fato jurídico e os seus respectivos efeitos jurídicos. Carnelutti apontara o problema, ao afirmar que, estando o processo regulado pelo Direito, não pode deixar de dar ensejo a relações jurídicas, que não poderiam ser ao mesmo tempo o próprio processo[11].
>
> A prática, porém, é corriqueira na ciência jurídica. *Prescrição*, por exemplo, tanto serve para designar o ato-fato jurídico (omissão no exercício de uma situação jurídica por determinado tempo) como o efeito jurídico (encobrimento da eficácia de uma situação jurídica).

Por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam uma única relação jurídica[12], que também se chamaria processo. Essa relação jurídica é composta por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo. É por isso que se costuma afirmar que o processo é uma relação jurídica *complexa*. Assim, talvez fosse mais adequado considerar o processo, sob esse viés, um conjunto

---

9. DANTAS, Miguel Calmon. "Direito fundamental à processualização". *Constituição e processo*. Luiz Manoel Gomes Jr., Luiz Rodrigues Wambier e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 418.
10. GREGER, Reinhard. "Cooperação como princípio processual". Ronaldo Kochen (trad.). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 125.
11. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, n. 20, p. 35.
12. Desde Bülow (BÜLOW, Oskar. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Miguel Angel Rosas Lichtschein (trad.). Buenos Aires: EJEA, 1964, p. 1-4) sistematizou-se a concepção de relação jurídica processual, tal como ainda hoje utilizada, com algumas variações, apesar das críticas. As objeções doutrinárias tentam realçar, sobretudo, a *insuficiência* do conceito, que seria abstrato, estático e, por isso, incapaz de refletir o fenômeno processual em sua inteireza. As críticas não conseguem elidir a constatação de que o procedimento é fato jurídico apto a produzir as relações jurídicas que formam o processo. Para a crítica: GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Buenos Aires: EJEA, 1961, t. 1, p. 15, 25, 57-63; MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile*, Torino: Giappichelli, 2002, v. 1, p. 40; RIVAS, Adolfo. *Teoría General Del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 314. No Brasil, formularam críticas à noção de processo como relação jurídica: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 97-101; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 396-398; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 140-141.

(feixe[13]) de relações jurídicas. Como ressalta Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, "há a relação jurídica processual (que não deve ser usada com a pretensão de exaurir o fenômeno processual), assim como pode haver outras tantas relações jurídicas processuais decorrentes de fatos jurídicos processuais".[14]

É possível, em nível teórico, estabelecer um conceito de processo como relação jurídica, nestes termos. Não se pode, no entanto, definir teoricamente o conteúdo dessa relação jurídica, que deverá observar o modelo de processo estabelecido na Constituição. Ou seja: não há como saber, sem examinar o direito positivo, o perfil e o conteúdo das situações jurídicas que compõem esse feixe de situações jurídicas, chamado "processo". No caso do direito brasileiro, por exemplo, para definir o conteúdo eficacial da relação jurídica processual, será preciso compreender o *devido processo legal* e os seus corolários, o que será feito no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil.

> Assim, não basta afirmar que o processo é uma relação jurídica, conceito *lógico-jurídico* que não engloba o respectivo conteúdo desta relação jurídica. É preciso lembrar que se trata de uma relação jurídica cujo conteúdo será determinado, primeiramente, pela Constituição e, em seguida, pelas demais normas processuais que devem observância àquela.[15]

Note-se que, para encarar o processo como um procedimento (ato jurídico complexo de formação sucessiva), ou, ainda como um procedimento em contraditório, segundo a visão de Fazzalari, não se faz necessário abandonar a ideia de ser o processo, também, uma relação jurídica.

O termo "processo" serve, então, tanto para designar o *ato processo* como a *relação jurídica* que dele emerge.[16]

O art. 14 do CPC ratifica essa compreensão sobre o processo: "A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada". Observe que o legislador fala em "atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas". Exatamente como ora se propõe.

---

13. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, n. 20, p. 35; MONACCIANI, Luigi. *Azione e Legittimazione*. Milano: Giufffrè, 1951, p. 46; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 28; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 175.
14. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial – 2ª série*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 767.
15. Sobre o tema, amplamente, NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, cit., p. 208-250.
16. Foschini bem percebeu essa multiplicidade de enfoques: "la nostra conclusione è che il processo: a) da un punto di vista (astratto) normativo è un rapporto giuridico complesso; b) da un punto di vista (concreto) statico è una situazione giuridica complessa; c) da un punto di vista (pur esso concreto ma) dinamico è un atto giuridico complesso". (FOSCHINI, Gaetano. Natura Giuridica del Processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1948, v. 3, parte I, p.110)

3. TEORIA GERAL DO PROCESSO,[17] CIÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A *Teoria Geral do Processo*, Teoria do Processo, Teoria Geral do Direito Processual ou Teoria do Direito Processual é uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (*lógico-jurídicos*) processuais.

São conceitos jurídicos fundamentais (*lógico-jurídicos*) processuais todos aqueles indispensáveis à compreensão jurídica do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra. Ou seja: são conceitos que servem como pressuposto para uma abordagem científica do Direito positivo. São exemplos: processo, competência, decisão, cognição, admissibilidade, norma processual, demanda, legitimidade, pretensão processual, capacidade de ser parte, capacidade processual, capacidade postulatória, prova, presunção e tutela jurisdicional.

A *Teoria Geral do Processo* é uma parte da Teoria Geral do Direito[18].

A *Teoria Geral do Processo* é, em relação à Teoria Geral do Direito, uma teoria parcial, pois se ocupa dos conceitos fundamentais relacionados ao processo, um dos fatos sociais regulados pelo Direito.

É uma disciplina filosófica, de viés epistemológico. Nesse sentido, como excerto da Epistemologia do Processo, é ramo da Filosofia do Processo.

A *Teoria Geral do Processo* pode ser compreendida como uma teoria geral, pois os conceitos jurídicos fundamentais (*lógico-jurídicos*) processuais, que compõem o seu conteúdo, têm pretensão universal. Convém adjetivá-la como "geral" exatamente para que possa ser distinguida das *teorias individuais do processo*, que têm pretensão de servir à compreensão de *determinadas realidades normativas*[19], *como o Direito brasileiro ou italiano*.

O *Direito Processual Civil* é o conjunto das normas que disciplinam o processo jurisdicional civil – visto como ato-jurídico complexo ou como feixe de relações jurídicas. Compõe-se das normas que determinam o modo como o processo deve estruturar-se e as situações jurídicas que decorrem dos fatos jurídicos processuais.

---

17. O tema foi desenvolvido, com mais extensão e profundidade, em DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
18. Nesse sentido, também, MORELLO, Augusto M. *La eficácia del proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2001, p. 142-143; ARENAL, María Amparo Renedo. "Conveniencia del estudio de le Teoría General del Derecho Procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo". *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 624; SOARES, Ricardo Maurício Freire. "Fundamentos Epistemológicos para uma Teoria Geral do Processo". *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 846-850.
19. Não se justifica, assim, a crítica de Benedito Hespanha, que não vê "razão plausível" para qualificar a teoria como geral, exatamente porque toda teoria seria geral (HESPANHA, Benedito. *Tratado de Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 2, p. 1.272)

A *Ciência do Direito Processual Civil (Ciência Dogmática do Processo ou, simplesmente, Ciência do Processo)* é o ramo do pensamento jurídico dogmático dedicado a formular as diretrizes, apresentar os fundamentos e oferecer os subsídios para as adequadas compreensão e aplicação do Direito Processual Civil. O *Direito Processual Civil* é o objeto desta Ciência.

Cabe à *Ciência do Direito Processual Civil*, por exemplo, a elaboração, articulação e sistematização dos conceitos jurídico-positivos, construídos para a compreensão de um determinado direito positivo. Um exemplo: é a Ciência do Processo que definirá o que são a apelação, uma liminar, uma decisão interlocutória, uma penhora, uma reconvenção etc., para o direito processual civil brasileiro.

Note, assim, que são dois planos distintos de linguagem: o plano normativo (Direito Processual) e o plano doutrinário (Ciência do Direito Processual). O plano da linguagem doutrinária opera sobre o plano normativo, por isso a linguagem doutrinária é considerada uma metalinguagem: linguagem (científica) sobre linguagem (normativa).

A relação entre a *Teoria Geral do Processo*[20] e a *Ciência do Direito Processual* é a mesma que se estabelece entre a Teoria Geral do Direito e a Ciência (dogmática) do Direito. Ambas são linguagens científicas – não normativas, pois. A relação entre esses dois níveis de linguagem é permanente e inevitável, mas é preciso que fiquem sempre claras as suas diferenças[21].

A separação entre as linguagens da Teoria Geral do Processo e da Ciência do Processo é imprescindível para a boa qualidade da produção doutrinária. Há problemas de direito positivo que, por vezes, são examinados como se fossem problemas gerais. Essa falha de percepção compromete a qualidade do trabalho doutrinário.

Uma coisa é discutir o conteúdo das normas de um determinado Direito Positivo – saber *a)* se o juiz pode ou não determinar provas sem requerimento das partes; *b)* qual é o recurso cabível contra determinada decisão; *c)* se determinada questão pode ser alegada a qualquer tempo durante o processo; *d)* como se conta o prazo para a apresentação da defesa etc. Esses são problemas da Ciência do Direito Processual.

Coisa bem distinta é saber o que *a)* é uma decisão judicial, *b)* se entende por prova; *c)* torna uma norma processual; *d)* é o processo. Essas são questões anteriores à análise do Direito positivo; o aplicador do Direito deve conhecê-las *antes* de examinar o Direito Processual; são pressupostos para a compreensão do Direito Processual, pouco importa o conteúdo de suas normas. *Esses são os problemas atinentes à Teoria Geral do Processo.*

20. A Teoria Geral do Processo é epistemologia. A epistemologia pode ser entendida como ciência da ciência. Neste sentido, a Teoria Geral do Processo seria uma das Ciências do Processo, ao lado da Sociologia do Processo, da História do Processo e da Ciência do Direito Processual ou Ciência Dogmática do Processo. O contraponto feito aqui é entre a Teoria Geral do Processo e a Ciência do Direito Processual.

21. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia* Bari: Editori Laterza, 2007, v. 1, p. 51.

Enfim, a Teoria Geral do Processo tem como objeto a Ciência do Direito Processual (civil, penal ou trabalhista etc.), e não o Direito Processual. Ela não se preocupa com o Direito Processual; ou seja, não se atém ao conteúdo das suas normas.

É uma terceira camada de linguagem.

Direito Processual Civil (linguagem 1, normativa) = objeto da Ciência do Direito Processual Civil (linguagem 2, doutrinária).

Ciência do Direito Processual (jurisdicional, administrativo, legislativo ou privado) = objeto da Teoria Geral do Processo (linguagem 3, também doutrinária).

> Há quem trate a Teoria Geral do Processo como o conjunto das normas jurídicas processuais fundamentais, principalmente as constitucionais. Teoria Geral do Processo seria, nesse sentido, um Direito Processual Geral e Fundamental[22]. Boa parte das críticas dirigidas à Teoria Geral do Processo parte da premissa de que ela equivale à criação de um Direito Processual único, aplicável a todas as modalidades de processo[23].
>
> *Essa é, inclusive, a premissa de que parte a maioria dos processualistas penais brasileiros sobre o assunto, que, por isso, rejeitam a existência de uma Teoria Geral do Processo*[24].
>
> Os críticos incorrem em *aberratio ictus*: miram a Teoria Geral do Processo e acertam o direito processual unitário (civil e penal); quando investem, "armas em riste", contra a Teoria Geral do Processo, atacam o "quartel vizinho" àquele que deveriam atacar[25]. Há erro sobre o objeto criticado: Teoria Geral do Processo não é Direito Processual Unitário. A argumentação rui por causa da falha na fundação. Essas críticas partem do equí-

22. Parece ser esse o sentido empregado por Luiz Guilherme Marinoni: "As normas constitucionais traçam as linhas mestras da teoria do processo. Trata-se de uma 'tutela constitucional do processo', que tem por fim assegurar a conformação e o funcionamento dos institutos processuais aos princípios que são insculpidos de acordo com os valores constitucionais". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21.) Assim, também considerando o estudo dos princípios constitucionais do processo como conteúdo da Teoria Geral do Processo, LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil" *Revista do Advogado*. São Paulo: zAASP, 2006, n. 26, p. 146-147.
23. Como, por exemplo, VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. "Por que unificar o direito processual?" *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1982, n. 27, p. 40-48; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990, v. 1, p. 104-105; SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 37-40.
24. As críticas à Teoria Geral do Processo, aplicável ao processo penal, fundadas nesta premissa, podem ser encontradas, com proveito, em TUCCI, Rogério Lauria. "Considerações acerca da inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo". *Revista Jurídica*. Porto Alegre, 2001, n. 281; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 122-123; _____. "O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro". São Paulo: Boletim IBCCRIM, 2007, n. 175, p. 11-13; DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4; LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1, p. 34 e segs.; MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.
25. A metáfora é de Pontes de Miranda, que, muito embora elaborada para outra discussão (sobre a natureza negocial da arrematação judicial), serve como uma luva para este momento (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 270-271).

voco metodológico de confundir o produto da Filosofia do Processo (especificamente, da Teoria Geral do Processo) com o conjunto de normas jurídicas processuais, elas mesmas objeto de investigação pela Ciência Dogmática do Processo[26]. Enfim, em qualquer dos casos, é mixórdia epistêmica que certamente compromete a qualidade da argumentação.

Como afirma Afrânio da Silva Jardim, conhecido processualista penal brasileiro: "mais do que uma necessidade metodológica para o estudo dos vários ramos do Direito Processual, a teoria geral do processo é uma consequência inarredável do estudo sistemático das diversas categorias processuais"[27].

Do mesmo modo, a Teoria Geral do Processo não se confunde com a "Parte Geral" de um Código ou de um Estatuto processual[28]. Como já se viu, não devem ser confundidas as duas dimensões da linguagem jurídica: a linguagem do Direito e a linguagem da Ciência do Direito. A Parte Geral é um conjunto de enunciados normativos; é linguagem prescritiva, produto da atividade normativa. A "Parte Geral" não é a sistematização da Teoria Geral do Processo, que deve ser feita pela Epistemologia do Processo. Parte Geral é excerto de determinado diploma normativo (Códigos, estatutos etc.), composto por enunciados normativos aplicáveis a todas as demais parcelas do mencionado diploma e, eventualmente, até mesmo a outras regiões do ordenamento jurídico. Eventual sistematização da Teoria Geral do Processo daria lugar a um livro de Filosofia do Processo, tese ou manual, produto da atividade científica, não da legislativa.

4. PROCESSO E DIREITO MATERIAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. RELAÇÃO CIRCULAR ENTRE O DIREITO MATERIAL E O PROCESSO[29]

O processo é um método de exercício da jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente afirmadas em um processo. Essas

26. Corretamente, separando os temas (direito processual único e Teoria Geral do Processo), ARENAL, María Amparo Renedo. "Conveniencia del estudio de le Teoría General del Derecho Procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo", cit., p. 632.
27. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19-20.
28. A confusão existe na doutrina. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, um dos processualistas que mais se dedicou ao estudo da Teoria Geral do Processo, chega a dizer que, em países em que haja um código unitário de Direito Processual (civil e penal), a parte geral deste código se identifica com a Teoria Geral do Processo (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. "La Teoría General del Proceso y la enseñanza del derecho procesal". *Estudios de teoría general e Historia del proceso (1945-1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, t. 1, p. 587). Mesmo Barbosa Moreira, processualista que se notabilizou pelo apuro da linguagem, também parece fazer essa confusão. Na nota do autor à primeira edição do "O novo processo civil brasileiro", editado logo após a promulgação do Código de Processo civil brasileiro de 1973, ele afirma: "Noutra oportunidade, se for possível, tentar-se-á redigir uma *Teoria geral do processo civil*, para estudar os institutos fundamentais da nossa disciplina, inclusive aqueles que, versados embora no Livro I do novo diploma, sob a rubrica 'Do processo de conhecimento', com maior propriedade se inseririam numa Parte Geral a que o legislador não abriu espaço na estrutura do Código" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1).
29. É preciso registrar que este item sofreu forte influência das discussões travadas com o Prof. Roberto Gouveia Filho, da Universidade Católica de Pernambuco, defensor combativo dessas ideias.

situações jurídicas são situações substanciais (ativas e passivas, os direitos e deveres, p. ex.) e correspondem, grosso modo, ao mérito do processo. Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de *direito material processualizado* ou simplesmente *direito material*.

Se em todo processo há uma situação jurídica substancial afirmada ("direito material", na linguagem mais frequente), a relação entre eles é bastante íntima, como se supõe. A separação que se faz entre "direito" e "processo", importante do ponto de vista didático e científico, não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que corresponde ao seu objeto.

O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de *instrumentalismo*, cuja principal virtude é estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material[30].

> O termo *instrumentalismo* não significa qualquer espécie de diferença "hierárquica" entre o processo e o direito material. Não se pode ignorar a lição de Calmon de Passos, que não aceita a existência da "instrumentalidade do processo". Eis excerto da sua lição: "...separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável. Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um. Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito, o *ser* do direito do *processo* de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um"[31].
>
> Calmon de Passos está certíssimo. O Direito só *é* após ser produzido. E o Direito se produz processualmente. Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de coprotagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais hão de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às normas materiais.

30. Sobre o assunto, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.
31. PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Instrumentalidade do processo e devido processo legal". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n.102, p. 64.

Observe que essa perspectiva é fundamental para compreender uma série de institutos processuais: *a)* causa de pedir (capítulo sobre formação do processo e petição inicial, neste volume do *Curso*); *b)* conteúdo da sentença e coisa julgada (v. 2 do *Curso*); *c)* intervenções de terceiro (neste volume do *Curso*); *d)* defesas do demandado (neste volume do *Curso*); *e)* princípio da adequação do processo (capítulo sobre normas fundamentais do processo civil, neste volume); *f)* direito probatório (v. 2 deste *Curso*); *g)* as peculiaridades do processo coletivo (v. 4 deste *Curso*) etc. É impossível compreender esses temas sem analisar a relação que cada um desses institutos mantém com *o direito material processualizado*.

Bem pensadas as coisas, a relação que se estabelece entre o direito material e o processo é *circular*. "O processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele"[32]. É como afirma Hermes Zaneti Jr.:

> "Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes *imbricá-los pelo 'nexo de finalidade'* que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito"[33].

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.

O processualista contemporâneo não pode ignorar isso.

5. ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

A metodologia jurídica transformou-se sensivelmente a partir da segunda metade do século XX. Embora não seja este *Curso* o local adequado para fazer uma resenha deste processo histórico, não se pode deixar de afirmar uma quase obviedade: o Direito processual civil não ficou imune a toda essa transformação.

---

32. CARNELUTTI, Francesco. "Profilo dei raporti tra diritto e processo". *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, v. 35, n. 4, p. 539-550. Sobre o tema, ainda, ZANETI Jr., Hermes. "Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*. Guilherme Rizzo Amaral e Fábio Cardoso Machado (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196.

33. ZANETI Jr., Hermes. "Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*, cit., p. 192.

A compreensão e a aplicação do Direito processual não podem prescindir desta nova metodologia.

Isso não significa que devam ser desprezadas as "velhas" construções da ciência jurídica, tão ou mais imprescindíveis para a correta compreensão do fenômeno processual. Os institutos da Teoria Geral do Direito (situações jurídicas, fatos jurídicos, norma jurídica etc.) e a História do Direito e do pensamento jurídico, tradicionais objetos das investigações científicas, não podem ser ignorados. A *Teoria Geral do Processo,* aliás, é composta exatamente desses conceitos jurídicos fundamentais, conforme vimos em item precedente.

O que se busca realçar neste capítulo é a necessidade de um *aggiornarmento*[34] do repertório teórico do operador do Direito.

É preciso, então, apontar as principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo e examinar de que modo elas vêm interferindo no Direito processual civil e na Teoria Geral do Processo.

Sem qualquer pretensão de exaurir a investigação sobre o tema e dando relevo apenas àquelas que mais se relacionam à aplicação do Direito processual civil, eis o rol das mais importantes características do atual pensamento jurídico[35].

a) Reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa.

A afirmação atualmente parece ser um truísmo. Mas nem sempre foi assim. Após a Constituição de 1988, a doutrina passou a defender a tese de que a Constituição, como fonte de normas jurídicas, deveria ser aplicada pelo órgão jurisdicional. Como explica Daniel Sarmento[36]:

> "O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer

34. Palavra italiana de difícil tradução. Seria algo como "atualização", "pôr em dia". "Giorno", em italiano, significa "dia". O termo foi utilizado durante o Concílio Vaticano II e que o Papa João XXIII popularizou como expressão do desejo de que a Igreja Católica saísse actualizada do Concílio Vaticano II. O termo se expandiu para além do discurso religioso e costuma ser utilizado sempre que se pretende fazer uma adequação de um conjunto de ideias a uma nova realidade.

35. Para uma sistematização mais exaustiva, o excelente texto (leitura obrigatória) SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". *Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição.* Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 31-32.

36. SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 31-32.

> mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade".

Passa-se, então, de um modelo de Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional)[37].

b) Desenvolvimento da *teoria dos princípios*, de modo a reconhecer-lhes eficácia normativa[38]: o princípio deixa de ser técnica de integração do Direito e passa a ser uma espécie de norma jurídica.

c) Transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.

Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre *texto* e *norma*, sendo essa o produto da interpretação daquele[39].

> Há texto sem norma, bem como há norma sem texto. A norma é o produto da interpretação do sistema normativo. Veja-se o seguinte texto normativo: "Proíbe-se a utilização de biquíni". Este texto, no início do século XX, seria compreendido como uma norma que impõe o uso de roupas de banho menos sumárias. Este mesmo texto posto em alguma placa em uma praia brasileira, portuguesa, francesa etc., nos dias atuais, poderia ser compreendido como uma autorização para a prática do naturismo. Como se vê, a depender das circunstâncias históricas, o mesmo texto pode gerar normas até mesmo opostas.

Consagram-se as máximas (postulados, princípios ou regras, conforme a teoria que se adote) da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas.

---

37. Sobre o tema, de um modo geral, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008. Sobre o tema e a sua relação com o processo, MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A constitucionalização do processo no direito brasileiro". Estudos de direito processual constitucional: Homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2009.
38. A bibliografia sobre o tema é vastíssima. Além do livro de Humberto Ávila, citado ao longo do texto, com muito proveito podem ser consultadas as seguintes obras, apenas como exemplos, sem qualquer pretensão de exaurimento: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª. ed. Lisboa: Almedina, 2002; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.). Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81-172; *Teoria dos direitos fundamentais*. Virgílio Gomes da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros Ed., 2008; BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59-102.
39. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.

Identifica-se o método da *concretização* dos textos normativos, que passa a conviver com o método da *subsunção*[40]. Expande-se, ainda, a técnica legislativa das *cláusulas gerais*, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do Direito.

d) Expansão e consagração dos *direitos fundamentais*, que impõem ao Direito positivo um conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana e cuja teoria jurídica se vem desenvolvendo a passos largos.

> Examinadas isoladamente, essas características podem parecer não ser grande novidade: em países diversos, em momentos históricos diversos, uma ou outra aparecia no pensamento jurídico e na prática jurídica[41]. Talvez o que marque *este* momento histórico seja a conjunção de todas elas, que vêm inspirando doutrinadores em inúmeros países.

Vejamos alguns exemplos de como essas transformações têm repercutido no Direito processual. Antes, porém, examinaremos uma questão de cunho terminológico e histórico: qual deve ser a designação deste estágio do desenvolvimento do Direito processual.

6. NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO OU FORMALISMO VALORATIVO. A ATUAL FASE METODOLÓGICA DA CIÊNCIA DO PROCESSO

A essa fase atual do pensamento jurídico deu-se o nome de *Neoconstitucionalismo*[42]. A designação não é das melhores, em razão da sua vagueza[43], mas

---

40. Teresa Arruda Alvim Wambier, tratando da insuficiência da dogmática tradicional para resolver os problemas jurídicos do mundo contemporâneo, observa que: "muitos são os pontos em que se evidencia a fragilidade, ou pelo menos a insuficiência, do raciocínio dedutivo e da lógica formal e pura, instrumentos típicos da dogmática tradicional". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2.ed. São Paulo: RT, 2008, item 2.2, p. 37.)

41. Demonstrando que a força normativa da constituição e a interpretação flexível dos textos normativos não são novidades históricas, DIMOULIS, Dimitri. "Uma visão crítica do neoconstitucionalismo". *Constituição e efetividade constitucional*. George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 43-53.

42. Termo cunhado por POZZOLO, Susanna. "Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, v. 21oII, 1998, p. 339, disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf., acesso em 21.10.2009, 15h30. A bibliografia sobre o assunto é muito vasta. Apenas para exemplificar, além dos textos citados ao longo deste capítulo: CARBONNEL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003; ____. (org.). *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007; DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006; MATIAS, João Luis Nogueira (coord.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009; QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula, OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 23 dez. 2007; ____. "Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro". *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; DIMOULIS, Dimitri, DUARTE, Écio Oto (coord.). *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008.

43. Não é por outra razão que autores falam que há vários "neoconstitucionalismos". É como afirma Daniel Sarmento: "Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam

indiscutivelmente tem apelo, razão pela qual se tem difundido com muita facilidade, principalmente nos países latinos. Há quem denomine esta fase de "pós-positivismo", o que também não quer dizer muita coisa, a não ser o fato de que é um estágio posterior ao "positivismo" característico da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX. Talvez fosse mais adequado referir a um *"positivismo jurídico reconstruído"* ou *neopositivismo*[44].

> Há muitas críticas ao *Neoconstitucionalismo*. Fugiria às pretensões didáticas deste *Curso* fazer uma resenha de todo pensamento sobre o tema. Pode-se afirmar que *não há* dissenso em torno das características gerais desta atual fase da metodologia jurídica, apontadas no item anterior[45].
>
> As discussões têm por alvo a terminologia[46], aspecto que reputamos secundário, e os *abusos* e *incompreensões* que o oba-oba[47] em torno dessas transformações tem causado.
>
> Os abusos e incompreensões revelam-se basicamente em uma postura de supervalorização dessas "novidades": *a)* supervalorizam-se as normas-princípio em detrimento das normas-regra, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas e como se o sistema devesse ter mais normas-princípio do que normas-regra, ignorando o importantíssimo papel que as regras exercem no sistema jurídico: reduzir a complexidade do sistema e garantir segurança jurídica; *b)* supervaloriza-se o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia e à separação de poderes; *c)* supervaloriza-se a *ponderação* em detrimento da *subsunção*, olvidando que a

---

a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa". (SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 33-34.)

44. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2010, p. 78 e segs.
45. Sobre esse consenso, SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 49.
46. Sobre a crítica à terminologia, DIMOULIS, Dimitri. "Uma visão crítica do neoconstitucionalismo", cit., p. 53. O autor entende que o chamado "neoconstitucionalismo" é apenas uma "designação alternativa da corrente da teoria do direito conhecida como *moralismo jurídico* em razão de sua adesão à tese da vinculação (ou junção) entre direito e moral" (p. 56). Assim, entende que a nova designação é "inútil", pois ou se trata do *moralismo jurídico* ou é sinônimo do bicentenário movimento *constitucionalista* (p. 57).
47. SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 60.

subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regra[48], de resto as espécies normativas mais abundantes no sistema.

As críticas são indispensáveis. A história do pensamento jurídico costuma desenvolver-se em movimento pendular: essas transformações puxam para um lado; as críticas, para o outro; no final do "cabo de guerra", chega-se ao equilíbrio.

A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases:

a) *praxismo* ou sincretismo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas;

b) *processualismo*, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais;

c) *instrumentalismo*, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido (sobre a instrumentalidade, ver item anterior). Na fase *instrumentalista*, o processo passa ser objeto de estudo de outras ciências jurídicas, como a sociologia do processo – que se concentrou nos estudos sobre o acesso à justiça. Além disso, há grande preocupação com a efetividade do processo, tema que não existia até então, e a tutela de novos direitos, como os coletivos.

Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma *quarta* fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do *processualismo* e do *instrumentalismo*, a ciência teve de avançar, e avançou.

Fala-se, então, de um *Neoprocessualismo*[49]: o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico. Já há significativa bibliografia nacional que adota essa linha[50].

48. Recomenda-se a leitura do excelente texto de Humberto Ávila, em que essas críticas foram muito bem desenvolvidas; reputa-se texto cuja leitura é indispensável: ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp, acesso em 21.10.2009, 14h02. Também a propósito o excelente ensaio SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 52 e segs.

49. CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo". *Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, cit.; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "El 'neoprocesalismo'". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, ano VI, n. 9, p. 227-244.

50. No Brasil, podem ser citados, apenas como exemplos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006; CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo". *Processo e constituição*

O termo *Neoprocessualismo* tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao *Neoconstitucionalismo*, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida.

Demais disso, o termo *Neoprocessualismo* também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do *processualismo* do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo "neo"[51].

Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta *fase* do desenvolvimento do direito processual de *formalismo-valorativo*[52], exatamente para destacar a importância que se deve dar *aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual*. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do chamado *Neoprocessualismo*, que, aliás, já foi considerado um *formalismo ético*, na expressão de Rodríguez Uribes[53]. Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto histórico do *Neoconstitucionalismo*, o *formalismo-valorativo* pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação (examinado no capítulo sobre as

– *estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, cit.; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2002, n. 26, p. 653-664; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003; ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009; ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual dos direitos fundamentais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006; DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007; BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e (em face da) Constituição – princípios constitucionais do processo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SAMPAIO Jr., José Herval. *Processo constitucional – nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.

51. Um dos livros-símbolo desta nova fase é MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. O autor, embora não use o termo "neoprocessualismo", propõe-se a repensar as categorias fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo) a partir das premissas do Estado Constitucional, dedicando, inclusive, um capítulo à exposição do "Neoconstitucionalismo" e outro à "Teoria dos Direitos Fundamentais".

52. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo" *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137, também publicado em DIDIER Jr., Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.) *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 125-150. A propósito do tema, ver, ainda, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

53. URIBES, José Manuel Rodríguez. *Formalismo ético y constitucionalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 101 e segs.

normas fundamentais do processo civil), que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual. Agrega-se, aqui, o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores "neoconstitucionalistas".

Este *Curso* segue essas premissas teóricas, com as considerações críticas feitas acima, continuamente repisadas ao longo de toda a obra.

7. A CIÊNCIA DO PROCESSO E A NOVA METODOLOGIA JURÍDICA

7.1. Constituição e processo. O art. 1º do CPC

A constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo. O fenômeno pode ser visto em duas dimensões.

Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direito fundamentais. Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Europeia de Direitos do Homem[54] e o Pacto de São José da Costa Rica[55] são dois exemplos paradigmáticos). Os principais exemplos são o *direito fundamental ao processo devido* e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita etc.), que serão examinados neste *Curso*. Ao *devido processo legal*, que serve de parâmetro para a identificação de um modelo constitucional brasileiro de processo jurisdicional, dedicar-se-á boa parte do próximo capítulo.

De outro lado, a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto,

54. Artigo 6.º 1 – Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

55. Artigo 8º – Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Artigo 10 – Direito à indenização. Toda pessoa tem direito a ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado, por erro judiciário. Artigo 25 – Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: 3. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; 4. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e 5. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas. Intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualistas e constitucionalistas, com avanços de parte a parte. O aprimoramento da jurisdição constitucional, em cujo processo se permite a intervenção do *amicus curiae* (ver item no capítulo sobre intervenção de terceiro) e a realização de audiências públicas[56], talvez seja o exemplo mais conhecido[57].

> Cabe uma pequena digressão sobre a relação entre as normas; no caso, entre as normas processuais infraconstitucionais e as normas constitucionais. A relação entre normas infraconstitucionais e normas constitucionais não é puramente hierárquico. "o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo da norma superior, assim e ao mesmo tempo que o conteúdo da norma superior deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma inferior (...) a eficácia, em vez de unidirecional, é recíproca"[58].

Não é, então, por acaso que o art. 1º do CPC, com forte caráter simbólico, está assim redigido: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Do ponto de vista normativo, o enunciado reproduz uma obviedade: qualquer norma jurídica brasileira somente pode ser construída e interpretada de acordo com a Constituição Federal. A ausência de dispositivo semelhante no CPC não significaria, obviamente, que o CPC pudesse ser interpretado em desconformidade com a Constituição.

O artigo enuncia a norma elementar de um sistema constitucional: as normas jurídicas derivam da Constituição e devem estar em conformidade com ela. Essa norma decorre do sistema de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição Federal.

Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional.

Ele é claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição.

E isso não é pouca coisa.

---

56. SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 50.
57. Sobre essas duas dimensões da constitucionalização do Direito Processual, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 42; DIDIER Jr., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 72-74.
58. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140-141.

7.2. Princípios processuais

Atualmente, é muito frequente na literatura jurídica e na jurisprudência brasileira a referência aos *princípios processuais*. Reconhece-se a eficácia normativa direta de princípios processuais, tais como o princípio do devido processo legal e o princípio da duração razoável do processo, examinados mais à frente.

Princípio é espécie normativa. Trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido[59]. Se essa espécie normativa visa a um determinado "estado de coisas", e esse fim somente pode ser alcançado com determinados comportamentos, "esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza"[60]. Enfim, ainda com base no pensamento de Humberto Ávila: "os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários".

O princípio pode atuar sobre outras normas de forma *direta* ou *indireta*[61].

A eficácia *direta* de um princípio "traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de outro (sub-)princípio ou regra"[62]. Nesse plano, os princípios exercem uma função *integrativa*: permite-se agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. *A despeito da ausência de previsão normativa expressa de um comportamento necessário à obtenção do estado de coisas almejado,* o princípio irá garanti-lo.

> O exemplo citado por Humberto Ávila é bem interessante. Imagine que se crie um procedimento sem a previsão para que uma parte se manifeste sobre as alegações da outra. Não há regra expressa que, no caso, concretize o princípio do devido processo legal, que, porém, garantirá *diretamente* o direito de defesa[63].

A eficácia de um princípio do processo *não depende* de intermediação por outras regras jurídicas, espalhadas topicamente na legislação. O princípio da boa-fé processual, por exemplo, torna *devidos* os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo. Donde se conclui que é possível conceber situações jurídicas processuais *atípicas* (não expressamente previstas) decorrentes da eficácia *direta* com *função integrativa* do princípio da boa-fé processual.

Há, porém, normas que servem à concretização dos princípios processuais. Os meios para alcançar esse "estado de coisas", que o princípio busca promover, podem ser *típicos*, determinados por *subprincípios* ou por *regras jurídicas*, que

59. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 78-79.
60. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ª ed., cit., p. 80.
61. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ª ed., cit., p. 97.
62. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ª ed., cit., p. 97.
63. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ª ed., cit., p. 97.

servem para delimitar o exercício do poder e, assim, conter a arbitrariedade da autoridade jurisdicional, na construção da solução do caso que lhe for submetido.

Quando atuam com a "intermediação" de outras normas, fala-se que os princípios têm uma eficácia *indireta*[64].

As normas que servem como "ponte", a intermediar a eficácia do princípio, podem ser outros princípios (subprincípios) ou regras.

Um *princípio do processo* pode ser considerado um *subprincípio*: norma menos ampla, que se relaciona a outro princípio mais amplo. Um *princípio* pode, ainda, relacionar-se com *regras*, normas que em comparação a ele são ainda menos amplas.

Os *subprincípios* exercem uma função *definitória* em relação aos princípios (normas mais amplas, que podem ser designadas como "sobreprincípios"): delimitam com maior precisão o comando normativo estabelecido pelo sobreprincípio[65].

Assim, por exemplo, o princípio da boa-fé processual pode ser encarado como um *subprincípio* do princípio do *devido processo legal* (nesta relação, um *sobreprincípio*): o processo para ser devido (estado de coisas que se busca alcançar) precisa ser cooperativo ou leal. Cabe lembrar, ainda, que os princípios não têm pretensão de exclusividade[66]: um mesmo efeito jurídico (direito a um processo efetivo, p. ex.) pode ser resultado de diversos princípios (princípios do devido processo legal ou princípio da inafastabilidade da jurisdição, ambos examinados neste volume do *Curso*). O princípio da boa-fé, aqui examinado como um *sobreprincípio*, também pode ser visto como um *subprincípio* dos *sobreprincípios* do devido processo legal ou da segurança jurídica ou da dignidade da pessoa humana. Não há problema em relação a isso. O *princípio do devido processo legal* pode ser considerado um *subprincípio* do *princípio do Estado de Direito* ou do *princípio de proteção da dignidade da pessoa humana*; pode, também ser considerado um *sobreprincípio*, quando se relaciona com *os princípios do contraditório* ou *da boa-fé processual*.

Designar um princípio como *sobre* ou *sub* é apenas uma técnica de demonstrar em que posição o princípio está em uma relação com outro princípio.

As regras também exercem uma função *definitória* em relação aos princípios, na medida em que "delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios"[67]. Assim, por exemplo, é exigência do *princípio do contraditório* que o órgão jurisdicional tenha o dever de dar oportunidade de a parte manifestar-se sobre a demanda que lhe foi dirigida. *Esclarece-se*, assim, que o princípio do contraditório garante o direito à defesa.

64. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ª ed., cit., p. 98.
65. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ª ed., cit., p. 98.
66. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. António Menezes Cordeiro (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 90.
67. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ª ed., cit., p. 103.

Os *princípios* exercem, ainda, em relação às normas menos amplas, uma *função interpretativa,* "na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos" [68]. Não se admite uma interpretação de um texto normativo que dificulte ou impeça a realização do fim almejado pelo princípio.

Os *princípios* exercem, enfim, uma função *bloqueadora:* servem para justificar a não-aplicação de textos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado de coisas que se busca promover. Assim, por exemplo, o princípio do devido processo legal serve para fundamentar a não-aplicação de dispositivos normativos que permitam uma decisão judicial sem motivação.

Essa sistematização da teoria dos princípios serve, ainda, para explicar porque o Código de Processo Civil atual não reproduziu o enunciado do art. 126 do CPC/1973[69], que mencionava os "princípios gerais do direito" como a última fonte de integração das lacunas legislativas. Esse texto normativo era obsoleto. O juiz não decide a "lide" com base na lei; o juiz decide a "lide" conforme o "Direito", que se compõe de todo o conjunto de espécies normativas: regras e princípios[70]. Os princípios não estão "fora" da legalidade, entendida essa como o Direito positivo: os princípios a compõem.

O CPC encampa claramente a teoria da força normativa dos princípios jurídicos. O §2º do art. 489 do CPC esmiúça o dever de fundamentação, no caso de o órgão julgador decidir por "ponderação de normas"; a ponderação é usualmente relacionada ao caso de aplicação de princípios colidentes.

7.3. A nova feição da atividade jurisdicional e o Direito processual: sistema de precedentes, criatividade judicial e cláusulas gerais processuais

A nova feição da atividade jurisdicional redesenhou o Direito processual.

De um lado, estrutura-se um sistema de precedentes judiciais, em que se reconhece eficácia normativa a determinadas orientações da jurisprudência. A proliferação das "súmulas" dos tribunais e a consagração da "súmula vinculante do STF" (art. 103-A, CF/1988) são os exemplos mais ostensivos. A complexidade do sistema

68. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 5ª ed., cit., p. 98.

69. Art. 126 do CPC/1973: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". Trata-se da reprodução do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto Lei n. 4.657/ 1942.

70. Não se desconhece o pensamento de Humberto Ávila, que acrescenta os "postulados" ao rol de espécies normativas. A referência apenas a "regras" e "princípios" deve-se ao caráter didático deste *Curso.* O postulado é uma norma que atua sobre a aplicação de outras normas. A proporcionalidade e a razoabilidade seriam *postulados normativos,* e não princípios. Sobre o tema, amplamente, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 121 e segs.

brasileiro de precedentes judiciais será examinada no capítulo respectivo do v. 2 deste *Curso*, para onde se remete o leitor.

A *criatividade* da função jurisdicional é também característica atualmente bem aceita pelo pensamento jurídico contemporâneo. O tema será examinado em item próprio no capítulo sobre *jurisdição*, neste volume do *Curso*, para onde se remete o leitor.

Além disso, há as *cláusulas gerais processuais*.

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa[71]. Há várias concepções sobre as *cláusulas gerais*. Optamos por essa para fins didáticos, além de a considerarmos a mais adequada, mas não se ignora a existência de outras.

A técnica das "cláusulas gerais" contrapõe-se à técnica casuística[72]. *Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais* (que causariam uma sensação perene de insegurança a todos) *ou em regras casuísticas* (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). *Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies*[73].

É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional[74]. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente

71. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306; CASTRONOVO, Carlo. "L'avventura delle clausole generali". *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, ano IV, n. 1, p. 24, nota 14; ÁVILA, Humberto Bergmann. "Subsunção e concreção na aplicação do direito". Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 432; MAZZEI, Rodrigo. "O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 34; CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. "O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 95.

72. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed. J. Baptista Machado (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 228-229. "A casuística, também dita *técnica da regulamentação por fattispecie*, é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados". (MARTINS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7.). Assim, também, MENGONI, Luigi. "Spunti per uma teoria delle clausole generali". *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, ano IV, n. 1, p. 9.

73. MARTINS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro", cit., p. 7.

74. Reconhecendo ser extremamente difícil de resolver o problema relativamente aos limites da criatividade judicial, que devem ser fixados na exata medida em que não comprometam o Estado de Direito, Teresa Arruda Alvim Wambier observa que: "A liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, *em cada caso*, o perímetro ou o contorno das determinações legais (*Recurso especial...*, cit., p. 102).

na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos.

O método da *subsunção* do fato ao enunciado normativo, próprio e útil para os casos de textos normativos típicos e fechados, revela-se insuficiente para a aplicação de cláusulas gerais. As cláusulas gerais exigem *concretização* em vez de *subsunção*. "Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de 'generalizar' o caso; tem também de 'individualizar' até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na 'subsunção'. Quanto 'mais complexos' são os aspectos peculiares do caso a decidir, 'tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção"[75].

O Direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução[76], atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente[77]. As cláusulas gerais servem para a realização da *justiça do caso concreto*; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como "pontos de erupção da equidade"[78].

> A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* (núcleo normativo do precedente judicial; sobre a *ratio decidendi*, ver o capítulo sobre precedente judicial no v. 2 deste *Curso*) dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé[79]. Além disso, a cláusula geral funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados[80].

75. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150, com base nas lições de Schönfeld.
76. ÁVILA, Humberto Bergmann. "Subsunção e concreção na aplicação do direito", cit., p. 429-430; MENKE, Fabiano. "A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos". *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, n. 103, p. 79.
77. MARTINS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Maria Cristina De Cicco (trad.). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.
78. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142.
79. MARTINS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro", cit., p. 10.
80. "Figure-se por exemplo, num sistema no qual inexista cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta,

As cláusulas gerais desenvolveram-se inicialmente no âmbito do Direito Privado, cujos principais exemplos são as cláusulas gerais da *boa-fé*, da *função social da propriedade* e da *função social do contrato*.

Ultimamente, porém, *as cláusulas gerais têm "invadido" o Direito processual, que naturalmente sofreu as consequências das transformações da metodologia jurídica no século passado*[81]. Afinal, o Direito processual também necessita de "normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto"[82].

O *devido processo legal* é o principal exemplo de cláusula geral processual. O CPC brasileiro contém outros vários exemplos de cláusulas gerais: *a)* cláusula geral de promoção pelo Estado da autocomposição (art. 3º, §1º); *b)* cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º); *c)* cláusula geral de cooperação (art. 6º); *d)* cláusula geral de negociação sobre o processo (art. 190); *e)* poder geral de cautela (art. 301; *f)* cláusulas gerais executivas (arts. 297, *caput*, e 536, § 1º); *g)* cláusula geral do abuso do direito pelo exequente (art. 805); *h)* cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 723, par. ún.) etc.

A existência de várias cláusulas gerais rompe com o tradicional modelo de tipicidade estrita que estruturava o processo até meados do século XX[83].

---

positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz 'A' numa referência à equidade; pelo juiz 'B' , ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o *decisum*, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual. Em todas estas situações a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os exemplos acima figurados, "*a menos que seja facultado* (ao juiz do caso atual) *consultar toda a matéria de que se serviu o juiz* (dos casos precedentes) *na sua integralidade*", o que se afigura, na prática, fantasioso. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito – pela dificuldade na reiteração da hipótese nova –, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes". (MARTINS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro", cit., p. 10-11). Em boa síntese: "As cláusulas gerais só são funcionais a partir do uso dos precedentes. Com efeito, elas, por si só, não significam nada, ou significam muito pouco, podendo dar ensejo a várias normas, inclusive contraditórias, dependendo da concretização. Enquanto os tribunais não dialogarem com seus precedentes será muito difícil trabalhar com o devido processo legal", que é exemplo de cláusula geral (MACÊDO, Lucas Buril de. "A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 216, p. 394.)

81. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 26

82. LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a, v. 1, parte general, p. 58.

83. Neste sentido, MARINONI. Luiz Guilherme. "Ideias para um 'renovado direito processual'". *Bases científicas para um renovado direito processual*. Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon Filho (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 143. Nesta mesma linha, HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. "As cláusulas gerais no processo civil". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n.155.

A produção doutrinária e as manifestações jurisprudenciais sobre as cláusulas gerais são quase infinitas. Notadamente na Alemanha, há um vastíssimo número de ensaios doutrinários a respeito do tema. Tudo isso contribuiu para que as cláusulas gerais fossem aplicadas de maneira dogmaticamente aceitável e, consequentemente, de modo a que se pudessem controlar as decisões judiciais que nelas se baseassem.

O operador jurídico não pode prescindir desses subsídios na aplicação das cláusulas gerais processuais, atualmente tão abundantes.

7.4. Processo e direitos fundamentais

Atualmente, para além de *princípios ou regras processuais* previstos no art. 5º da CF/1988, fala-se em *direitos fundamentais processuais*. Vejamos a observação de Marcelo Lima Guerra:

> "...o uso de terminologias como 'garantias' ou 'princípios' pode ter o inconveniente de preservar aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de 'direitos fundamentais', de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais".[84]

A observação é importante.

Os direitos fundamentais têm dupla dimensão: *a) subjetiva:* de um lado, são direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares; *b) objetiva:* traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos. Trata-se de encarar o *direito fundamental* como *norma jurídica* (dimensão objetiva) ou como *situação jurídica ativa* (dimensão subjetiva).

> "Por um lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objectivas de ordenação da vida social.
>
> Por outro lado, a dimensão objectiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjectiva, na medida em que se retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjectivas que reconhecem, ou se estabelecem

84. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 100.

> deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de 'direitos' aos indivíduos".[85]

Assim, o *processo* deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)[86].

No primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (daí, por exemplo, o §1º do art. 536 do CPC permitir ao magistrado a determinação de *qualquer* medida executiva para efetivar a sua decisão, escolhendo-a à luz das peculiaridades do caso concreto). No segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a *igualdade* das partes e o contraditório.

As normas que consagram direitos fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/1988), obrigando o legislador a criar normas processuais em conformidade com elas e, ainda, adequadas à tutela das situações jurídicas ativas (principalmente os direitos fundamentais).

Sucede que as normas relativas a direitos fundamentais também obrigam o magistrado, que deverá proceder ao controle de constitucionalidade difuso das normas processuais quando, em um caso concreto, perceber que uma delas viola a pauta normativa constitucional. Daí surge o princípio da adequação judicial das normas processuais, que está intimamente relacionado ao controle de constitucionalidade das leis no momento da aplicação (controle incidental e concreto) e à teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, que pregam a eficácia imediata e direta dessas normas.

Encaradas as normas constitucionais processuais como garantidoras de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes consequências: *a)* o magistrado deve compreender esses direitos como se compreendem os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; *b)* o magistrado afastará, aplicada a máxima da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de um direito fundamental; *c)* o magistrado deve levar em consideração, "na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais"[87].

---

85. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2001, p. 111.
86. Sobre o tema, amplamente, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, cit., p. 63 e segs.
87. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 98-99.

8. APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL NO TEMPO

As normas processuais novas aplicam-se aos processos pendentes (arts. 14 e 1.046, CPC).

O art. 14 é mais completo, pois ressalva que a aplicação imediata da nova norma processual deve respeitar "os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

O dispositivo é muito bem escrito. Ele esclarece que não há nada de especial na aplicação de uma norma processual. A peculiaridade (se de fato existe alguma) é que o processo é uma realidade fática e jurídica bem complexa. O processo é um complexo de fatos jurídicos e de situações jurídicas, conforme demonstramos em item anterior.

O *processo* é uma espécie de ato jurídico. Trata-se de um *ato jurídico complexo*. Enquadra-se o processo na categoria "ato-complexo de formação sucessiva": os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional.

Cada ato que compõe o processo é um ato jurídico que merece proteção. Lei nova não pode atingir ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se ele for um ato jurídico processual. Por isso o art. 14 do CPC determina que se respeitem "os atos processuais praticados"[88].

Dois exemplos: a) recurso de agravo de instrumento interposto antes da vigência do novo CPC, em hipótese para a qual hoje não é cabível esse recurso, permanecerá pendente e deverá ser julgado – a regra nova não pode atingir um ato jurídico perfeitamente praticado nos termos da legislação anterior; b) arrematação perfeita ao tempo do código revogado, não pode agora ser desfeita por conta da aplicação de regra nova, como a que decorre do art. 891, parágrafo único.

Mas o processo também pode ser encarado como um *efeito jurídico*.

Nesse sentido, *processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais* (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc.

Repita-se o que se disse acima: o termo "processo" serve, então, tanto para designar o *ato processo* como a *relação jurídica* que dele emerge.

88. Por isso, é inconstitucional o enunciado n. 205 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: "A Lei nº 8.009-90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência".

Há direitos processuais; direitos subjetivos processuais e direitos potestativos processuais – direito ao recurso, direito de produzir uma prova, direito de contestar etc. O direito processual é uma situação jurídica ativa. Uma vez adquirido pelo sujeito, o direito processual ganha proteção constitucional e não poderá ser prejudicado por lei. Lei nova não pode atingir direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se for um direito adquirido processual.

Por isso o art. 14 do CPC determina que se respeitem "as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

Dois exemplos.

a) Publicada[89] a decisão, surge, para o vencido, o direito ao recurso. Se a decisão houver sido publicada ao tempo do Código revogado e contra ela coubessem, por exemplo, embargos infringentes (recurso que deixou de existir), a situação jurídica ativa "direito aos embargos infringentes" se teria consolidado; essa situação jurídica tem de ser protegida. Assim, mesmo que o novo CPC comece a viger durante a fluência do prazo para a parte interpor os embargos infringentes, não há possibilidade de a parte perder o direito a esse recurso, pois se trata de uma situação jurídica processual consolidada.

b) No CPC revogado, o Poder Público possuía prazo em quádruplo para contestar; no CPC atual, o prazo é dobrado. Com a citação, surge a situação jurídica "direito à apresentação da defesa". Assim, mesmo que o novo CPC comece a viger durante a fluência do prazo apresentação da contestação, que se iniciou na vigência do código passado, será garantido ao Poder Público o prazo em quádruplo.

A aplicação imediata da norma processual não escapa à determinação constitucional que impede a retroatividade da lei para atingir ato jurídico perfeito e direito adquirido.

Nada há de especial, no particular.

9. A TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA: NEM *CIVIL LAW* NEM *COMMON LAW*

Costuma-se afirmar que o Brasil é país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do *civil law,* próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa continental.

89. Se a decisão foi proferida em audiência ou em sessão do órgão colegiado (no caso do acórdão), considerar-se-á publicada na própria audiência ou sessão (com a proclamação do resultado pelo presidente do órgão colegiado). Se foi proferida em gabinete, considerar-se-á publicada assim que for juntada aos autos pelo escrivão ou pelo chefe de secretaria. Não se pode confundir a *publicação* a que se refere com a sua intimação por meio de publicação na imprensa oficial. Publicar a sentença é torná-la pública, o que ocorre quando ela é proferida em audiência/sessão ou quando é juntada aos autos.

Não parece correta essa afirmação tão peremptória.

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do *devido processo legal*) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade *difuso* (inspirado no *judicial review* estadunidense) e *concentrado* (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.; sobre o tema, ver o capítulo respectivo no v. 2 deste *Curso*), de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do *common law* (sobre a tutela de direitos coletivos, no Brasil, cf. o v. 4 deste *Curso*).

> Reforçando a tese de que a tradição jurídica brasileira é, no mínimo, peculiar, eis o art. 386 do Decreto n. 848/1890, um dos atos normativos que inaugurou a nossa República: "Constituirão legislação subsidiaria em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na República dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal".

Este Decreto estruturava a Justiça Federal e regulamentava o seu processo jurisdicional – à época, União e Estados possuíam competência legislativa em matéria processual. O curioso é que a Lei n. 5.010/1966, que reestruturou a Justiça Federal, não possui enunciado semelhante, muito menos possui texto incompatível com esse antigo dispositivo. Ainda mais curioso é que este Decreto foi expressamente revogado por um Decreto n. 11 de 1991 (art. 4º) – mais de cem anos depois, portanto; e este Decreto n. 11/1991 também foi revogado (revogou-se o decreto que revogava), sem ressalva alguma, pelo Decreto n. 761/1993. Interessante é que, em 1891, o Decreto n. 848/1890 equivalia a uma lei; o Decreto presidencial de 1991 já não possuía esta natureza. Assim, poderia o segundo revogar o primeiro? Bem, de todo modo, a vigência formal por mais de cem anos deste dispositivo é um dado histórico que não pode ser ignorado.

A identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores

jurídicos e o modo como se ensina o Direito. No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa (característica do *civil law*), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do *common* law) é notável, de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF. Não obstante o nosso ensino jurídico se tenha inspirado no modelo da Europa Continental (principalmente de Coimbra), não se desconhecem atualmente inúmeros cursos de Direito que são estruturados a partir do exame de casos, conforme a tradição do *common law*.

Os problemas jurídicos repetem-se nos mais diversos recantos do mundo. O ser humano é muito parecido, seja ele japonês, norte-americano, índio, judeu, ateu, brasileiro. A solução desses problemas variará, obviamente, conforme os modelos teóricos e os aspectos culturais de cada país. Assim, por exemplo, os problemas relacionados à boa-fé processual são resolvidos nos Estados Unidos pela cláusula do *devido processo legal*; na Alemanha, pela expansão do § 242 do BGB (Código Civil alemão) aos "domínios não-civis", e assim sucessivamente.

Muitas vezes, a discussão doutrinária é puramente terminológica. A questão da ilicitude do comportamento contraditório, por exemplo, foi, na Alemanha, resolvida pelo desenvolvimento da proibição do *venire contra factum proprium*; na Espanha e na Argentina, *pela doctrina de los actos propios*; e nos países do *common law*, pelo *estoppel*[90]. Já se disse, inclusive, que a construção do *venire contra factum proprium* é um "*common law wine in civil law bottles*"[91]. Trata-se da mesma solução, com nomes e pressupostos teóricos diversos.

A observação é muito importante.

O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. Um exemplo disso é o sistema de tutela de direitos coletivos: não nos consta que haja em um país de tradição romano-germânica um sistema tão bem desenvolvido e que, depois de quarenta anos, tenha mostrado bons resultados concretos (sobre o processo coletivo, conferir o v. 4 deste *Curso*). A experiência jurídica brasileira parece ser única; é um paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado[92].

---

90. Assim, BRUTAU, Jose Puig. *Estúdios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951, p. 97-136.

91. MATTAR, Mohamed Yehia. "Promissory estoppel: common law wine in civil law bottles". *Tulane Civil Law Forum*, 1988, v. 4, p. 71 e segs.

92. "Por tudo isso, o Brasil tem uma enorme vantagem decorrente da sua formação híbrida, a vantagem dos mestiços, uma tônica maior na justiça como valor, e maior resistência, em razão dessa tônica, a imperativos *a priori*, ao direito posto em abstrato pelo legislador, em descompasso com a vida. Pode-se utilizar essa vantagem para a institucionalização de uma prática judiciária mais democrática e conforme os objetivos da Constituição Federal de 1988". (ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*, cit., p. 55.)

O pensamento jurídico brasileiro opera (tem de operar), com alguma desenvoltura, com marcos teóricos e metodológicos desses dois grandes modelos de sistema jurídico.

Um exemplo talvez seja útil para compreender a importância desta constatação.

Há, no Brasil, robusta produção doutrinária e vasta jurisprudência sobre o *devido processo legal* e a *boa-fé objetiva*. Operamos, sem maiores percalços, com institutos de origens diversas (o primeiro, *common law*, o segundo, *civil law*). O pensamento jurídico brasileiro começa, inclusive, a ganhar autonomia, desvinculando-se de sua ascendência, como demonstra a concepção brasileira sobre o devido processo legal substancial (examinada no capítulo sobre o devido processo legal, mais à frente), bem diferente da visão original estadunidense. A própria vinculação entre a boa-fé processual e o devido processo legal (também examinada no capítulo sobre o devido processo legal) é uma construção teórica brasileira, original e muito profícua.

Enfim, para bem compreender o Direito processual civil brasileiro contemporâneo não se pode ignorar essa circunstância: é preciso romper com o "dogma da ascendência genética", não comprovado empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica.

Temos *uma tradição jurídica própria e bem peculiar*, que, como disse um aluno em sala de aula[93], poderia ser designada, sem ironia ou chiste, como o *brazilian law*.

93. Gabriel Dourado Dias, graduação em direito na Universidade Federal da Bahia, segundo semestre de 2009.

CAPÍTULO 2

Normas fundamentais do processo civil

Sumário • 1. Direito Processual Fundamental – 2. Princípios: 2.1. Princípio do devido processo legal; 2.1.1. Considerações gerais; 2.1.2. Conteúdo; 2.1.3. Devido processo legal formal e devido processo legal substancial; 2.1.4. Devido processo legal e relações jurídicas privadas; 2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana; 2.3. Princípio do contraditório: 2.3.1. Generalidades e a regra da proibição de decisão-surpresa; 2.3.2. Dever de o juiz zelar pelo efetivo contraditório; 2.4. Princípio da ampla defesa; 2.5. Princípio da publicidade; 2.6. Princípio da duração razoável do processo; 2.7. Princípio da igualdade processual (paridade de armas); 2.8. Princípio da eficiência; 2.9. Princípio da boa-fé processual: 2.9.1. Generalidades; 2.9.2. Fundamento constitucional do princípio da boa-fé processual; 2.9.3. Destinatário da norma; 2.9.4. Concretização do princípio da boa-fé processual; 2.10. Princípio da efetividade; 2.11. Princípio da adequação (legal, jurisdicional e negocial) do processo: 2.11.1. Generalidades; 2.11.2. Critérios de adequação; 2.11.3. Adequação jurisdicional do processo; 2.11.4. Adequação negocial do processo; 2.12. Princípio da cooperação e o modelo do processo civil brasileiro: 2.12.1. Nota introdutória; 2.12.2. "Princípios" dispositivo e inquisitivo. Modelos tradicionais de organização do processo: adversarial e inquisitorial; 2.12.3. Processo cooperativo: um terceiro modelo de organização do processo. Princípios e regras de cooperação. Eficácia do princípio da cooperação; 2.12.4. Dever de o juiz zelar pelo efetivo contraditório, princípio da cooperação e dever de auxílio; 2.13. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo; 2.14. Princípio da primazia da decisão de mérito; 2.15. Princípio da proteção da confiança: 2.15.1. Proteção da confiança e segurança jurídica; 2.15.2. Pressupostos para a proteção da confiança; 2.15.3. Princípio da proteção da confiança e o direito processual civil – 3. Regras: 3.1. Regras da instauração do processo por iniciativa da parte e de desenvolvimento do processo por impulso oficial: 3.1.1. Instauração do processo por iniciativa da parte; 3.1.2. Desenvolvimento do processo por impulso oficial; 3.2. Regra da obediência à ordem cronológica de conclusão: 3.2.1. Generalidades; 3.2.2. Regras que excetuam o dever de respeito à ordem cronológica de conclusão; 3.2.3. Calendário processual e dever de observância; da ordem cronológica de conclusão; 3.2.4. Consequências do descumprimento da regra; 3.2.5. Extensão da regra à atuação do escrivão ou chefe de secretaria; 3.2.6. Direito transitório – 4. Norma fundamental de interpretação do Código de Processo Civil: o postulado hermenêutico da unidade do Código.

1. DIREITO PROCESSUAL FUNDAMENTAL

Há um conjunto de normas processuais que formam o que se pode chamar de Direito Processual Fundamental ou Direito Processual Geral.

A norma é fundamental, porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis.

Essas normas processuais ora são princípios (como o devido processo legal) ora são regras (como a proibição do uso de provas ilícitas). O Direito Processual Fundamental não é composto somente por princípios, é bom que isso fique claro.

> A observação é importante. A distinção entre regras e princípios tem grande importância prática. São normas com estruturas distintas e formas de aplicação próprias, orientadas por padrões de "argumentação

> específicos, que favorecem o estabelecimento de ônus argumentativos diferentes e impactam diretamente na definição daquilo que deve ser exigido de forma definitiva", por meio da solução jurisdicional[1].

Uma parte dessas normas fundamentais decorre diretamente da Constituição Federal – é o que se pode chamar de Direito Processual Fundamental Constitucional.

A outra parte decorre da legislação infraconstitucional, mais especificamente do Código de Processo Civil, que dedica um capítulo inteiro a essas normas (arts. 1º a 12, CPC).

Esse capítulo reproduz alguns enunciados normativos constitucionais (art. 3º, *caput*, p. ex., que praticamente reproduz o inciso XXXV do art. 5º da CF/1988) – e, nesse sentido, não inova.

Mas o capítulo também traz novos enunciados normativos, sem previsão expressa na Constituição, embora todos eles possam encontrar nela algum fundamento.

O rol desse capítulo não é, porém, exaustivo.

Há outras normas fundamentais do processo civil brasileiro que não estão consagradas expressamente nos doze primeiros artigos do CPC. Há normas fundamentais na Constituição – devido processo legal, juiz natural, proibição de prova ilícita; há normas fundamentais espalhadas no próprio CPC, como o princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo e o dever de observância dos precedentes judiciais (arts. 926-927, CPC). Há, portanto, esquecimentos incompreensíveis – não seria exagero dizer que os arts. 190 e 926 e 927 são pilares do novo sistema do processo civil brasileiro –, além de ao menos um exagero: a observância da ordem cronológica da decisão, embora realmente seja importante, não merecia o *status* de entrar no rol das normas fundamentais do processo civil. Mas, no particular, *legem habemus*.

> É preciso compreender este capítulo como se ao seu final houvesse uma cláusula normativa que dissesse: "O rol de normas fundamentais previsto neste capítulo não exclui outras normas fundamentais previstas na Constituição da República, nos tratados internacionais, neste Código ou em lei" – à semelhança do que já ocorre com os direitos fundamentais (art. 5º, §2º, CF/88).

Há normas fundamentais do processo civil que são, também, direitos fundamentais – encontram-se no art. 5º da CF/1988. Há, no entanto, normas fundamentais do processo civil que não possuem o *status* de norma de direito fundamental, como é o caso das regras decorrentes dos arts. 2º e 12, CPC.

1. LIMA, Rafael Bellem de. *Regras na teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52.

Este capítulo do *Curso* dedica-se ao estudo das normas fundamentais do processo civil, sejam elas extraídas da Constituição Federal, sejam elas extraídas do Código de Processo Civil.

Algumas dessas normas, porém, não serão examinadas neste capítulo; optei por examiná-las em capítulos outros, que com elas mais proximamente se relacionem. Fiz isso com os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do juiz natural (capítulo sobre jurisdição, neste volume do *Curso*), do estímulo da solução do litígio por autocomposição (capítulo sobre mediação e conciliação, neste volume do *Curso*) e com as regras fundamentais da motivação da decisão judicial (capítulo sobre decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*) e da proibição de prova ilícita (capítulo sobre prova, no v. 2 deste *Curso*).

2. PRINCÍPIOS

2.1. Princípio do devido processo legal

2.1.1. Considerações gerais

O inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal prevê que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

A locução "devido processo legal" corresponde à tradução para o português da expressão inglesa "*due process of law*". *Law*, porém, significa *Direito*, e não *lei* ("*statute law*"). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o *Direito* como um todo, e não apenas em consonância com a lei. "Legal", então, é adjetivo que remete a "Direito", e não a Lei.

> Há outras traduções da expressão inglesa. Os portugueses optaram por "processo equitativo"; os italianos, por *processo giusto*. Na Europa utiliza-se muito também a expressão *fair trial*.

Desse enunciado normativo extrai-se o *princípio do devido processo legal*, que confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o *direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo* etc.).

Processo é método de exercício de poder normativo. As normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). As leis, após o *processo legislativo*; as normas administrativas, após um *processo administrativo;* as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um *processo jurisdicional*. Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. Pode-se, então, falar em *devido processo legal legislativo, devido processo legal administrativo e devido processo legal jurisdicional*. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder.

> Pode-se falar, também, em normas jurídicas particulares, criadas pelos indivíduos a partir do exercício de seu poder de autorregramento, direito fundamental conteúdo do direito à liberdade. Neste sentido, exige-se também o respeito ao *devido processo legal no âmbito das relações particulares*. O tema será examinado com mais vagar adiante.

Este item dedica-se ao estudo do *devido processo legal jurisdicional* e de suas repercussões no direito processual civil.

2.1.2. Conteúdo

O texto constitucional que consagra o *devido processo legal* é uma cláusula geral (sobre as cláusulas gerais, ver o capítulo introdutório neste volume do *Curso*). Exatamente em razão disso, o significado normativo desse texto foi modificado ao longo da história.

O texto/fórmula/enunciado *devido processo legal* (*due process of law*) existe há séculos (nestes termos, em inglês, desde 1354 d. C., a partir de Eduardo III, rei da Inglaterra).

A *noção* de *devido processo legal* como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga: remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d. C.)[2], no qual pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às "leis do Império".

Esse Decreto inspirou a Magna Carta de 1215[3], pacto entre o Rei João e os barões, que consagrava a submissão do rei inglês a *law of the land*, expressão equivalente a *due process of law*, conforme conhecida lição de Sir Edward Coke[4]. A Magna Carta costuma ser tida como o mais remoto documento normativo histórico de consagração do *devido processo legal*, até mesmo em razão da forte influência que exerceu na formação dos Direitos inglês e estadunidense. A origem, porém, é germânica e um tanto mais longínqua (a influência germânica no desenvolvimento do direito comum inglês deve-se certamente à invasão normanda de 1066 d. C., comandada por William, o Conquistador, duque da Normandia)[5].

---

2. De acordo com profunda pesquisa histórica de STUBBS, William. *Germany in the Early Middle Ages* (476-1250). New York: Longmans, Green, and Co., 1908, p. 146-147. Relacionando o decreto de Conrado II ao devido processo legal, PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18-27.
3. STUBBS, William. *Germany in the Early Middle Ages* (476-1250), cit., p. 147.
4. COKE, Edward. *The second part of the Institutes of the law of England*. Londres: E. and R. Brooke, 1797, p. 50. Disponível em http://books.google.com.br/books?dq=Edward+Coke+The+Second+PArt&printsec= frontcover&sig=-iEzJMRLXQqCdCa16f587r5PYIBY&ei=nJFLSrXcEov7tgfDu9GbDQ&ct=result&id=WCgzAAAAIAAJ&ots=1kYi9YDD56. Consulta em 01.07.2009, 13h50.
5. Sobre o tema, com inúmeras referências, PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*, cit., p. 29-45.

Obviamente, o que se entendia como *devido* no século XIV (época de absolutismo monárquico, teocracia etc.) não foi o que se entendeu como *devido* no início do século XX (consolidação da igualdade formal, separação entre Igreja e Estado, desenvolvimento acelerado da industrialização etc.), não é o que se entende como *devido* atualmente (informatização das relações, sociedade de massas, globalização etc.) e nem será o que se entenderá como devido daqui a dois séculos.

Há de ter-se a consciência da historicidade da noção de "correttezza processuale" [6].

> Um bom exemplo para demonstrar essa *historicidade* é o direito ao juiz natural, atualmente conteúdo do devido processo legal. Trata-se de "uma conquista moderna. Resultou de fato infrutífera a tentativa de remeter suas origens à Magna Charta, pois esta, em seus arts. 20, 21, 39, 52 e 56, limita-se a estabelecer que para a condenação de qualquer cidadão é necessário um '*legale iudicium parium suorum*', em que a condição de que os jurados sejam pares, ou 'homens probos da vizinhança', indica apenas uma qualidade dos juízes, e, no máximo, um critério de competência territorial, mas não tem nada que ver com a proibição da instituição do juiz *post factum*. Essa proibição se afirma só no sec. XVII, contemporaneamente às primeiras manifestações de independência e aos conflitos já mencionados entre juízes e soberanos"[7].

Há, porém, inegavelmente, um acúmulo histórico a respeito da compreensão do *devido processo legal* que não pode ser *ignorado*.

Ao longo dos séculos, inúmeras foram concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o *devido processo*. Não é lícito, por exemplo, considerar *desnecessário* o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes ao *devido processo legal*. Nem será lícito retirar agora os direitos fundamentais já conquistados; vale, aqui, o princípio de hermenêutica constitucional que proíbe o *retrocesso* em tema de direitos fundamentais[8].

Essas *concretizações* do *devido processo legal*, verdadeiros *corolários* de sua aplicação, estão previstas na Constituição brasileira e estabelecem o modelo constitucional do processo brasileiro[9].

---

6. VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milão: Giuffrè, 1973, p. 35 e 38-39.
7. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 472.
8. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, 339-340; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 433 e segs.
9. "Ao instituir esses elementos, a Constituição terminou por tornar obrigatório aquilo que poderia ser avaliado como adequado e necessário conforme as circunstâncias de cada caso concreto e, com isso, eventualmente afastado. Enquanto noutros sistemas, como o estadunidense, os elementos do devido processo legal são

É preciso observar o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5º, LV, CF/1988) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CF/1988); proíbem-se provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF/1988); o processo há de ser público (art. 5º, LX, CF/1988); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/1988); as decisões hão de ser motivadas (art. 93, IX, CF/1988); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/1988); o acesso à justiça é garantido (art. 5º, XXXV, CF/1988) etc. Todas essas normas (princípios e regras) são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo.

Como se vê, o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo.

Por isso, "tanto se pode referir ao direito fundamental ao processo devido, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental. (...) A vantagem em se identificar cada uma dessas exigências e denominá-las individualmente é a de facilitar a sua operacionalização pelo intérprete, isto é, auxiliá-lo na solução de questões relacionadas com a concretização de tais valores". [10]

Sucede que esse conteúdo *mínimo* do *devido processo legal*, construído após séculos de aplicação dessa cláusula, *não é suficiente* para a solução dos problemas contemporâneos. Esse longo período histórico não esvaziou a *cláusula geral do devido processo legal*, que permanece útil e em vigor.

A construção do processo devido é obra eternamente em progresso.

Essa cláusula geral exerceu e exerce plenamente a sua função de permitir a mobilidade e a abertura do sistema jurídico, como uma "garanzia plastica e flessibile di giustizia nel processo" [11]. É por isso que o texto normativo permanece o mesmo há tanto tempo, já tendo sido incorporado aos tratados internacionais de direitos humanos e a inúmeras constituições. A generalidade desse texto normativo garantiu a sua longevidade. Trata-se de uma proteção contra a tirania (contra a produção tirânica de normas jurídicas, em níveis legislativo, administrativo, jurisdicional e privado). As palavras de Winston Churchill sobre a Magna Carta aplicam-se *inclusive* e *principalmente* ao *devido processo legal*: "E quando, nas idades subsequentes, o Estado, dilatado com sua própria autoridade, tentou impor sua tirania sobre os

deduzidos, caso a caso, do ideal de protetividade de direitos, no Brasil vários deles são impostos pela própria Constituição". (ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 163, p. 57.)

10. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 100.
11. VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*, cit., p. 34.

direitos ou liberdades dos súditos, foi a essa doutrina que vezes e vezes se dirigiram apelos, nunca até hoje sem resultados"[12].

O *princípio do devido processo legal* tem a "função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade"[13] dos direitos, integrando o sistema jurídico eventualmente lacunoso. Trata-se da *função integrativa* dos princípios, examinada no capítulo introdutório deste volume do *Curso*. Desse princípio constitucional extraem-se, então, outras normas (princípios e regras), além de direitos fundamentais ainda sem o respectivo texto constitucional.

Assim, além de *público, paritário, tempestivo* etc., adjetivos que correspondem às normas constitucionais expressamente consagradas (citadas acima), o processo, para ser devido, há de ter outros atributos. Um processo, para ser devido, precisa ser *adequado, leal e efetivo*.

Cada novo atributo corresponde a um princípio constitucional do processo, que, embora implícito, é de grande relevância. Surgem, então, os princípios da *adequação, da boa-fé processual* e da *efetividade*. Esses três princípios, corolários do devido processo legal, serão examinados em itens específicos mais adiante.

> Humberto Ávila defende que os princípios estruturantes, aqueles que prescrevem o âmbito e o modo da atuação estatal, não podem ser afastados no caso concreto, após um juízo de ponderação, em razão da colisão com outro princípio. "Toda atuação estatal, e não apenas uma parte dela, em todas as situações, não apenas em uma parte delas", deve observar os princípios do Estado de Direito, da separação de poderes, do pacto federativo, do sistema democrático e do regime republicano etc.[14] Tais princípios funcionam como "condição estrutural" da atuação estatal.
>
> O princípio do devido processo legal é um desses princípios.

2.1.3. Devido processo legal formal e devido processo legal substancial

O *devido processo legal* é direito fundamental que pode ser compreendido em duas dimensões.

Há o *devido processo legal formal* ou *procedimental*, cujo conteúdo é composto pelas garantias processuais que vimos no item precedente: direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável etc. Trata-se da dimensão mais conhecida do *devido processo legal*.

---

12. CHURCHILL, Winston S. *História dos povos de língua inglesa*. Aydano Arruda (trad.). São Paulo: IBRASA, 1960, v. 1 (o berço da Inglaterra), p. 225.
13. ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 57.
14. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.126.

Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão *substancial* do devido processo legal[15]. Um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera *decisões jurídicas* substancialmente devidas.

A experiência jurídica brasileira assimilou a dimensão substancial do *devido processo legal* de um modo bem peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional das *máximas da proporcionalidade* (postulado[16], princípio[17] ou regra da proporcionalidade[18], conforme seja o pensamento doutrinário que se adotar) e da razoabilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai da cláusula geral do devido processo legal os deveres de proporcionalidade ou razoabilidade. Convém transcrever trecho da decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, no RE n. 374.981, em 28.03.2005, publicada no Informativo do STF n. 381:

> "Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *'substantive due process of law'* (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24, *v.g.*): 'O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de

15. Sobre essa evolução, amplamente, MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29-90.
16. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ª ed., cit., p. 148 e segs.
17. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998; GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 82; GÓES, Gisele. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
18. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009, p. 168-169.

> irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador' (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)."

Fala-se, então, em um *devido processo legal substantivo ou substancial*[19].

> "Essa semelhança entre proporcionalidade e devido processo legal substancial é, a nosso ver, muito interessante para a nossa análise, por vários motivos: a) como adiantado acima, ajuda a esclarecer o conteúdo do devido processo legal substancial, que, abstratamente considerado, é vago e impreciso; b) ajuda a desfazer a ideia equivocada de que a acepção substancial do *due process of law* não seria aplicável em países do sistema romano-germânico, com menor liberdade para o julgador do que os do tipo *judge makes law...*; c) reforça a ideia de equilíbrio que permeia todo o processo civil, como no clássico dilema entre celeridade e segurança"[20].

Sérgio Mattos demonstra que a concretização do devido processo legal substancial pela jurisprudência do STF é bem ampla e vaga:

> "segundo a jurisprudência do STF, devido processo substantivo pode significar desde a proibição de 'leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão', passando pela exigência 'de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade ('reasonableness') e de racionalidade ('rationality'), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir', até a necessidade de 'perquirir-se (...) se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato

19. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46 e segs.; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, *passim*; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 274; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. "Do amálgama entre razoabilidade e proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência brasileiras e seu fundamento no devido processo legal substantivo". *Direito constitucional.* Barueri: Manole, 2007, p. 37-46; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido processo legal substancial". *Leituras complementares de processo civil.* Fredie Didier Jr. (org.) 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 382; ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63; BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas.* Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 188 segs.; FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 41- 42; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 91-100.

20. ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação da tutela,* cit., p. 64-65.

> impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)'"[21].

É certo que há outros enunciados normativos constitucionais dos quais podem ser extraídas a proporcionalidade e a razoabilidade: Estado de Direito[22], isonomia[23] ou liberdade[24]. É possível, inclusive, que seja mais fácil defender a existência dessas normas constitucionais a partir do desenvolvimento desses princípios mencionados. As constituições brasileiras anteriores a 1988 não continham texto normativo sobre o *devido processo legal*, nem por isso deixaram de ser aplicadas a proporcionalidade e a razoabilidade[25]. A Lei Fundamental alemã também não contém previsão expressa do *devido processo legal*, mas as "exigências de proporcionalidade e razoabilidade são intensamente aplicadas pela jurisprudência daquele país"[26].

Mas tudo isso não pode servir como argumento para deslegitimar essa construção teórica nacional, como pretende Humberto Ávila. A partir de uma experiência jurídica singular (conforme posto no capítulo introdutório deste volume do *Curso*), a jurisprudência brasileira concretizou o princípio do devido processo de um modo também peculiar, é verdade, mas não por isso equivocado. Dados culturais contribuíram para isso, sobretudo a formação teórica dos nossos aplicadores do Direito. Como já se disse no capítulo 1 deste *Curso*: soluções jurídicas idênticas podem ser alcançadas por variada metodologia, assim como um mesmo instituto pode, em diferentes culturas, produzir diferentes resultados. Direito é um produto cultural, com o perdão pela obviedade.

---

21. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 97. Confira-se, ainda, a sistematização do posicionamento do STF sobre o tema, elaborada pelo autor nas p. 92-96.
22. GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública". *Revista de Processo*, n.82, São Paulo: RT, 1996, n. 82, p. 61; GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*, cit., p. 77; SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 115.
23. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 395; GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública". *Revista de Processo*, n.82, São Paulo: RT, 1996, n. 82, p. 75; ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 163, p. 56; SZANIAWSKI, Elimar. "Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade". *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2000, v. 5, p. 71.
24. ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 56.
25. ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 56.
26. ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 56.

É sempre bom lembrar a lição de Canaris de que os princípios não têm pretensão de exclusividade[27]: um mesmo efeito jurídico (proporcionalidade e razoabilidade) pode ser resultado de diversos princípios (isonomia ou devido processo legal).

Não se deve ignorar, ainda, que a dogmática brasileira opera com boa desenvoltura com a cláusula geral do devido processo legal.

A relação que se faz entre devido processo legal, proporcionalidade e razoabilidade é bem fundamentada e compreendida pelos operadores jurídicos no Brasil. *Trata-se de uma contribuição original do pensamento jurídico brasileiro*[28], que tem funcionado bem, a despeito das objeções *teóricas* que a ela possam ser dirigidas.

Considerar o *devido processo legal* como fundamento dos deveres de proporcionalidade ou razoabilidade não significa dizer que esses deveres apenas se aplicam ao âmbito processual jurisdicional[29]. Como já se disse, o *devido processo legal* é princípio que se aplica em qualquer produção normativa, inclusive no processo de produção dos negócios jurídicos, como será visto adiante.

Finalmente, é preciso frisar a relação entre as dimensões *formal* e *substancial* do devido processo legal. Não se deve fazer uma *contraposição* entre essas dimensões. Embora não concordemos com a sua premissa de que não se deve falar em devido processo legal substantivo, é oportuno citar o pensamento de Humberto Ávila no particular: "Como são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado ou justo, é equivocado afirmar que há um 'devido processo legal procedimental', entendido como direito a um processo adequado ou justo, separado do 'devido processo legal substancial', compreendido como exigência de proporcionalidade e de razoabilidade" [30].

> Sérgio Mattos, embora pretenda demonstrar que não há correspondência de proporcionalidade, razoabilidade e devido processo legal substantivo, com vasta pesquisa sobre a evolução do *substantive due process* na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, entende que "devido processo substantivo, no direito brasileiro, deve ser entendido como princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado, que proíbe que se prejudiquem determinados direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente". Neste sentido, cumpre o devido processo substantivo a "função de

27. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 90.
28. "A *promiscuidade* do princípio do devido processo legal, *do ponto de vista funcional*, com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade parece ser peculiar ao direito brasileiro". (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, cit., p. 121.)
29. Como pensa ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 56.
30. ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 57.

reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos como parte da liberdade assegurada pela disposição do devido processo legal..., concretizando, igualmente, o princípio da dignidade humana"[31].

Convém deixar registrado esse entendimento.

O art. 8º do CPC consagra, expressamente, o dever de o órgão jurisdicional observar a proporcionalidade e a razoabilidade ao aplicar o ordenamento jurídico.

2.1.4. Devido processo legal e relações jurídicas privadas[32]

O devido processo legal aplica-se, também, às relações jurídicas privadas. Na verdade, qualquer direito fundamental pode aplicar-se ao âmbito das *relações jurídicas privadas*, e o devido processo legal é um deles. A palavra "processo", aqui, deve ser compreendida em seu sentido amplo, conforme já visto: qualquer modo de produção de normas jurídicas (jurisdicional, administrativo, legislativo ou negocial).

Antes de explicar o tema, convém frisar a discussão sobre a aplicação da teoria dos direitos fundamentais no âmbito privado. Trata-se de estudar a chamada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*[33].

Na doutrina estrangeira a questão é bastante controvertida. Existem, basicamente, três teorias que tentam explicar o assunto: *a)* a teoria do *state action*, que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, por entender que o único sujeito passivo daqueles direitos seria o Estado (é a que prevalece no direito norte-americano e prevalecia, até pouco tempo, no direito suíço[34]); *b)* a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, pela qual

---

31. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, cit., p. 119.
32. Sobre o tema, amplamente, BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
33. Sobre o tema, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo Wolfgang e PINTO, Paulo Mota (trad.). Coimbra: Almedina, 2003; SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". *Leituras complementares de processo civil*. 5 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005; *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284; *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002, p. 506-523; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001; SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; _____. (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004; TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005; SOMBRA, Thiago Luis Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
34. De acordo com a informação de Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 81-83), a Suíça não adota a teoria do *state action*, pois, após a reforma constitucional de 1999, a constituição suíça passou a conter um artigo que expressamente prevê a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (art. 35, 3): "As autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham

a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas tão-somente serve de baliza para o legislador infraconstitucional, que deve tomar como parâmetro os valores constitucionais na elaboração das leis de direito privado (predominante na Alemanha, Áustria e, de certo modo, na França); *c)* a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, pela qual aqueles direitos têm plena aplicação nas relações privadas, podendo ser invocados diretamente, independentemente de qualquer mediação do legislador infraconstitucional, privilegiando-se, com isso, a atuação do magistrado em cada caso concreto (prevalece no Brasil, Espanha e Portugal).[35]

Desse modo, a atual Constituição brasileira admite a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nela erigidos, de modo que não só o Estado como toda a sociedade podem ser sujeitos passivos desses direitos. Essa extensão da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas vem carregada, naturalmente, de especificidades inerentes ao direito privado. Assim, por exemplo, a sua aplicação no caso concreto há de ser, sempre, ponderada com o princípio da proteção da autonomia da vontade.[36]

Fincadas essas premissas, pode-se então, concluir que o princípio do devido processo legal – direito fundamental previsto na Constituição Brasileira – aplica-se também ao âmbito privado, seja na fase pré-negocial, seja na fase executiva do negócio jurídico.

Na fase pré-negocial, deve-se lembrar, por exemplo, que a *oferta* de um negócio é uma postulação e que toda norma que regula o negócio jurídico, quanto aos seus requisitos, é norma de processo negocial. Assim, também nos negócios jurídicos deve-se respeitar o devido processo legal (ex. escritura pública para transferência de imóvel: se ela não existir, não existe a tradição). Na fase executiva, deve-se ver, por exemplo, que a imposição de sanção convencional deve atender aos requisitos estabelecidos no negócio e/ou na lei abstrata, bem assim observar o direito de defesa do infrator (ex. imputação de multa por conduta antissocial de condômino – art. 1.337, *caput* e parágrafo único, do Código Civil), não podendo ultrapassar os limites da razoabilidade/proporcionalidade (*devido processo legal substancial*).

A Lei n. 11.127/2005 ratificou este entendimento, quando determinou a alteração do art. 57 do Código Civil, relacionado ao procedimento para exclusão de associado, que passou a ter a seguinte redação: "A exclusão do associado só é

---

eficácia também na relação entre privados". Segundo o autor, a Suíça adota o modelo da eficácia indireta dos direitos fundamentais.

35. SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". In *Leituras complementares de processo civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009; também em *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.

36. SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*, cit.

admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto".

O Supremo Tribunal Federal já adotara entendimento semelhante, embora sem fazer referência à polêmica doutrinária da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Veja esse julgado do Supremo Tribunal Federal: "COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa". (STF, 2ª T., RE n. 158.215- 4/RS, rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJ de 07.06.1997).

Em 2005, o STF voltou a examinar o tema, agora enfrentando a teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas. Esta decisão (proferida no RE n. 201.819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005) é um marco, não por ter sido a primeira, pois não foi, mas porque aqui, aí sim pela primeira vez, o STF predispôs-se a examinar todas as nuances da discussão, em votação que já se reputa histórica. Eis o resumo do julgamento, publicado no Informativo n. 405 do STF, 10-14 de outubro de 2005:

> "A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição - v. Informativos 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa".

Assim, também não é lícito, no âmbito das relações privadas, restringir qualquer direito sem a observância do *devido processo legal*.

2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

O art. 8º do CPC impõe que o órgão julgador, no processo civil brasileiro, "resguarde e promova" a dignidade da pessoa humana. O dispositivo é aparentemente desnecessário, pois a dignidade da pessoa humana já é um dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF/1988) – nesse sentido, possui a natureza de norma jurídica – e é um direito fundamental – nesse sentido, possui a natureza de situação jurídica ativa.

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras relativas aos direitos fundamentais seriam derivação, ainda que com intensidade variável[37].

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada um direito fundamental de conteúdo complexo, formado pelo conjunto de todos os direitos fundamentais, previstos ou não no texto constitucional.

A eficácia vertical das normas relativas aos direitos fundamentais dirige-se à regulação da relação do Estado com o indivíduo. O exercício da função jurisdicional é exercício de função estatal. Por isso o CPC impõe ao juiz que observe esse comando constitucional.

O órgão julgador presenta o Estado e, nessa circunstância, deve "resguardar" a dignidade da pessoa humana; resguardar, nesse contexto, é, de um lado, aplicar corretamente a norma jurídica "proteção da dignidade da pessoa humana" e, de outro, não violar a dignidade (por exemplo, na condução do depoimento da parte).

O órgão julgador também deve "promover" a dignidade da pessoa humana.

Há, no verbo promover, a exigência de um comportamento mais ativo do magistrado. Isso significa que, em algumas situações, o juiz poderá tomar, até mesmo de ofício, medidas para efetivar a dignidade da pessoa humana, além de poder valer-se da cláusula geral de atipicidade (art. 536, §1º) para a execução do direito fundamental à dignidade.

Dois exemplos: a) exigência de respeito à ordem cronológica de conclusão (art. 12); no caso de grave violação à dignidade da pessoa humana, que não se encaixe em um dos incisos que excepcionam a regra de observância da cronologia da conclusão; poderia o juiz "furar a fila", para promover a dignidade da pessoa humana; b) prioridade na tramitação processual; pessoa que seja portadora de doença grave, mas que não esteja no rol do art. 1.048, I; para promover a dignidade de pessoa humana, o juiz poderia determinar o processamento prioritário.

37. Sobre o assunto, SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 89 e segs.

Está-se diante de norma que claramente impõe um comportamento mais ativo do órgão jurisdicional, se a questão envolver a dignidade da pessoa humana.

A norma, porém, não é de fácil aplicação:

a) o âmbito de incidência do princípio da dignidade da pessoa humana é ainda muito impreciso;

b) essa "promoção judicial da dignidade da pessoa humana" exige fundamentação específica e relevante (art. 489, §1º, I e II, CPC), pois há clara interferência do juiz no processo;

c) o CPC prestigia a autonomia da vontade das partes (art. 190); assim, essa promoção judicial da dignidade da pessoa humana tem como um dos seus limites a liberdade processual das partes, a quem se permite, preenchidos os pressupostos do exercício do poder de autorregramento processual, não aceitar este comportamento mais ativo do órgão julgador; isso porque uma das mais importantes dimensões da dignidade da pessoa humana é, exatamente, a *liberdade*, como poder de regular a própria existência[38].

Essas diretrizes são, no entanto, meramente exemplificativas – o desenvolvimento da aplicação do art. 8º do CPC certamente revelará outras condicionantes que devem ser observadas pelo órgão julgador para "promover" a dignidade da pessoa humana no processo.

Essa dupla exigência – resguardo e promoção – está na linha do que vem defendendo a doutrina sobre o assunto, segundo a qual a dignidade da pessoa humana garante ao indivíduo, de um lado, que o Estado não a viole, e, de outro, que o Estado a promova e efetive[39].

Há, ainda, outra questão: como distinguir a dignidade da pessoa humana, no processo, do devido processo legal?

O *devido processo legal* é um direito fundamental cujo conteúdo é complexo e vem sendo construído nos últimos dez séculos. Desde 1.066, com o Decreto Feudal de Conrado II, inúmeras garantias processuais vêm sendo reunidas para dar à pessoa que é parte de um processo um tratamento digno – o tema será visto mais à frente. Essas garantias se articulam dentro de uma mesma rubrica: o devido processo legal. Bem pensadas as coisas, o devido processo legal é o rótulo que se deu à exigência de que um processo confira tratamento digno às pessoas. Dar um tratamento processual digno é garantir o contraditório, a produção de provas, o direito ao recurso, o juiz imparcial, a proibição de prova ilícita, a exigência de motivação,

38. Sobre a última parte, SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2ª ed., cit., p. 90
39. SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2ª ed., cit., p. 110 e segs.

a lealdade processual, a publicidade etc. *Enfim, a dignidade da pessoa humana, no processo, é o devido processo legal.*

Só que o devido processo legal é cláusula conhecidíssima, secular, cujo conteúdo mínimo já foi incorporado ao texto da Constituição. Dignidade da pessoa humana é cláusula normativa recente, ainda carente de maior densidade normativa.

Uma eficácia da dignidade da pessoa humana *no processo civil*, que não se confunda com a eficácia do devido processo legal, é algo que precisa ser demonstrado. Não conseguimos vislumbrar diferenças nem no âmbito de aplicação nem nas consequências da aplicação; é como se quiséssemos considerar como distintos dois conjuntos que possuem o mesmo conteúdo – se A=B, então A não pode ser distinto de B, como afirma o princípio lógico da não-contradição. Em um primeiro momento, parece estarmos diante de um caso em que, a despeito de nomes diferentes, há uma mesma norma jurídica.

Mas é certo que a referência à dignidade da pessoa humana pode ajudar na reconstrução de novos sentidos ao devido processo legal.

A argumentação jurídica em torno da dignidade da pessoa humana pode, com o perdão pelo truísmo, ajudar na *humanização do processo civil*, ou seja, na construção de um processo civil atento a problemas reais que afetem a dignidade do indivíduo. A dignidade da pessoa humana, assim, ilumina o devido processo legal.

Essa repercussão pode revelar-se ao menos de duas maneiras:

a) na construção de normas jurídicas processuais que visem mais diretamente à proteção da dignidade da pessoa; o CPC preocupou-se com isso claramente, em diversos dispositivos, quase todos eles novidades no direito processual civil brasileiro.

Eis alguns bons exemplos: direito do portador de deficiência auditiva a comunicar-se, em audiências, por meio da Língua Brasileira de Sinais (art. 162, III); consagração da atipicidade da negociação processual (art. 190, CPC); direito das pessoas com deficiência à acessibilidade aos meios eletrônicos de comunicação processual (art. 199, CPC); direito ao silêncio no processo civil (art. 388, CPC); proibição de pergunta vexatória à testemunha (art. 459, §2º); humanização do processo de interdição (arts. 751, §3º, 755, II); impenhorabilidade de certos bens (art. 833, CPC): neste rol, a única que não é novidade legislativa; tramitação prioritária de processos de pessoas idosas ou portadoras de doenças graves (art. 1.048, CPC).

Observe que todas essas regras poderiam tranquilamente ser deduzidas do princípio do devido processo legal.

b) Na reconstrução do sentido de alguns artigos do CPC, como as disposições sobre impenhorabilidade, que podem ser interpretadas *extensivamente*, para

abranger outros bens cuja penhora comprometa a dignidade da pessoa humana: próteses, jazigos ocupados, cão-guia de um cego etc.

Também aqui surgirá, certamente, a questão: a alegação de desrespeito ao comando do art. 8º, nessa parte, autorizará a interposição de recurso especial, de recurso extraordinário (art. 1º, III, CF/1988) ou de ambos? Sigo na mesma linha: o dispositivo, nessa parte, é uma paráfrase do inciso III do art. 1º da CF/1988; como mera reprodução, não me parece cabível o recurso especial por alegação de ofensa a essa parte do art. 8º do CPC.

Finalmente, embora seja comum relacionar a dignidade da pessoa à pessoa natural ("pessoa humana", nos termos da Constituição Federal), no processo civil ela deve ser estendida a todo aquele que pode ser parte, ainda que com nível de intensidade diferente: além das pessoas naturais, as pessoas jurídicas, condomínios, nascituro, órgãos públicos etc. É preciso garantir a qualquer parte um tratamento digno.

2.3. Princípio do contraditório

2.3.1. Generalidades e a regra da proibição de decisão-surpresa

O processo é um procedimento estruturado em contraditório.

Aplica-se o princípio do contraditório, derivado que é do devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial (não obstante a literalidade do texto constitucional).

A Constituição Federal prevê o contraditório no inciso LV do art. 5º: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder[40].

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão.

A garantia da participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia *de ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento,

40. Sobre o tema, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 255-258.

o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Há, porém, ainda, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do "poder de influência".[41] Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o *poder de influência*, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Essa dimensão substancial do contraditório impede a prolação de decisão surpresa; toda decisão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório. Isso porque o "Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas".[42]

Vamos exemplificar o que se diz.

Como poderia o órgão jurisdicional punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição? Por exemplo, demonstrando que os fatos em que baseia a sua decisão ou não ocorreram ou ao menos não permitem a aplicação daquela sanção. Se não fosse assim, teríamos punição sem contraditório. Não é lícita a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o "possível punido" manifestar-se previamente, de modo a que seja possível, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.

Mais condizente com a essa visão do princípio do contraditório é o art. 772, II, do CPC, que impõe ao juiz que, em qualquer momento da fase executiva, advirta o executado que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Ora, antes de punir, adverte sobre o comportamento aparentemente temerário, para que a parte possa explicar-se.

41. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 258-259.
42. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61.

Também deve ser assim a aplicação da multa do art. 77, §2º, CPC. Deverá o magistrado, ao expedir a ordem ou o mandado para cumprimento da diligência, providenciar advertir esses sujeitos (partes ou terceiros) de que o seu comportamento recalcitrante poderá resultar na aplicação da mencionada multa. Sem essa comunicação/advertência prévia, a multa porventura aplicada é inválida, por desrespeito ao princípio do contraditório. O responsável precisa saber das possíveis consequências de sua conduta, até mesmo para demonstrar ao magistrado as razões pelas quais não cumpriu a ordem, ou não a fez cumprir, ou até mesmo para demonstrar que a cumpriu ou não criou qualquer obstáculo para o seu cumprimento. Afinal, o contraditório se perfaz com a informação e o oferecimento de oportunidade para influenciar no conteúdo da decisão; participação e poder de influência são as palavras-chave para a compreensão desse princípio constitucional. Esse dever de advertência foi expressamente consagrado no §1º do art. 77 do CPC.

Correta também a solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 250.781/SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 19.06.2000: "Processual civil. Litigância de má-fé. Requisitos para sua configuração. 1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF/1988, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa."

A dimensão substancial do contraditório é o fundamento para que se considere como fundamental o direito a ser acompanhado por um advogado. O acompanhamento técnico é importantíssimo, ao menos como regra, para a efetivação do direito ao contraditório. Compõe, por isso mesmo, o conteúdo mínimo do princípio do devido processo legal.

A partir destas ideias, podemos avançar um pouco mais.

Vejamos a questão da formação dos pronunciamentos judiciais e o princípio do contraditório.

Os pronunciamentos judiciais pautam-se, obviamente, em questões de fato e de direito. O juiz examina a questão de fato e, em seguida, examina a questão de direito, para poder decidir.

O juiz pode basear-se em fato que não foi alegado pelas partes. O art. 493 do CPC determina que "se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao órgão jurisdicional tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão." O juiz pode, portanto, levar em consideração *ex officio* fato superveniente relevante para a solução da causa. Sucede que, para observar o

contraditório, deve antes ouvir as partes sobre esse fato – é, aliás, o que determina o par. ún. desse mesmo art. 493.

Esse dispositivo concretiza a regra geral prevista no art. 10 do CPC, também ela consagradora do princípio do contraditório: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". O dever é reforçado pelo art. 933, CPC, que disciplina o processo em tribunais.

Há questões fáticas que podem ser apreciadas pelo magistrado *ex officio*. O juiz pode conhecer de fatos que não tenham sido alegados. Ele pode trazer, ele pode aportar fatos ao processo. Mas o órgão jurisdicional *não* pode levar em consideração um fato de ofício, sem que as partes tenham tido a oportunidade de se manifestarem a respeito.

Imagine a seguinte situação: A e B estão litigando, cada um argumenta o que quis e o juiz, no momento da sentença, baseia-se em um fato que não foi alegado pelas partes, não foi discutido por elas, mas está provado nos autos. O juiz não pode fazer isso sem submeter esse fato ao prévio debate entre as partes. Isso feriria, escancaradamente, o contraditório. A decisão formar-se-ia com base em questão de fato sobre a qual as partes não falaram, e, portanto, basear-se-ia em questão a respeito da qual as partes não puderam ter exercitado o "poder de influência", não puderam dizer se o fato aconteceu ou não aconteceu, ou aconteceu daquela ou de outra forma.

E, aqui, entra uma distinção que é muito útil, mas pouco lembrada. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. *Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes,* que não lhe é permitido.

Vamos examinar o tema em relação às questões de *direito*.

Há um velho brocardo *iura novit curia* (do Direito cuida a corte). Há, ainda, outro *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito).

Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em um argumento, uma questão jurídica ou uma questão de fato não postos pelas partes no processo. Perceba: o órgão jurisdicional, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base em uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplicava ao caso. O juiz entende de outra maneira, ainda não aventada pelas partes: "Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda". O órgão jurisdicional pode fazer isso, mas deve antes submeter essa nova abordagem à discussão das partes.

O órgão jurisdicional teria de, nessas circunstâncias, intimar as partes para manifestar-se a respeito ("intimem-se as partes para que se manifestem sobre a constitucionalidade da lei"). Não há aí qualquer prejulgamento. Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional, até mesmo porque o juiz pode estar em dúvida sobre o tema.

Assim, evita-se a prolação de uma decisão-surpresa.

Vamos agravar a situação.

Imagine o Tribunal de Justiça decidindo com base em questão jurídica não colocada pelas partes, sem a sua prévia manifestação: só lhes restarão os recursos extraordinários, com todas as dificuldades a eles inerentes. A possibilidade de acontecer isso em tribunal é muito grande, notadamente em razão da praxe forense denominada "entrega de memoriais". Quantas e quantas vezes, os advogados nos memoriais, dão uma ajeitada no processo, uma corrigida, acrescentando um argumento novo, que não estará nos autos porque os memoriais foram entregues em gabinete do magistrado.

Decisão-surpresa é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório[43].

Essa nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo do processo civil brasileiro. O processo há de ser cooperativo. O tema voltará a ser analisado mais à frente, no item dedicado ao princípio da cooperação.

Há outro ponto sobre o contraditório que é digno de nota.

O *caput* do art. 9º do CPC estabelece que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida". Ou seja, como regra, alguém

43. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 28-29; DIDIER Jr., Fredie. "Princípio do contraditório: aspectos práticos". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 29, p. 510; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42; GRECO, Leonardo. "O princípio do contraditório". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 24, p. 76-77; CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126; CABRAL, Antonio do. "Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito". *Rivista Di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 2005, v. 2, n. 2, p. 449-464; ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. revista, ampliada, alterada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61; BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 198-199; CAVANI, Renzo. "Contra as 'nulidades-surpresa': o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 218, p. 65-80; MALLET, Estevão. "Notas sobre o problema da chamada 'decisão-surpresa'". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233, p. 43-63.

somente pode ter uma decisão judicial proferida contra si após ter sido garantida a chance de ser ouvido.

> É muito importante observar que a regra impõe a audiência da parte para que a decisão seja proferida *contra* ela. Se a decisão for favorável à parte, não há necessidade de ela ser ouvida.
>
> É por isso que se permitem o indeferimento da petição inicial (art. 330, CPC) e a improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC), ambas as decisões favoráveis ao réu, proferidas sem que ele ao menos tenha sido citado.
>
> É em razão disso, também, que o relator somente precisa ouvir o recorrido se for dar provimento ao recurso (art. 932, V, CPC); não há necessidade de ouvi-lo se negar provimento ou não admitir o recurso. Também é por isso que o órgão julgador somente ouvirá o embargado, se o acolhimento dos embargos de declaração implicar modificação da decisão embargada; se a decisão permanecer inalterada, mesmo com o acolhimento dos embargos, não há razão para ouvir antes o embargado (art. 1.023, §2º, CPC).

Há, porém, situações excepcionais, em que se admite a decisão sem a ouvida da parte contrária (*inaudita altera parte*). O par. ún. do art. 9º traz *alguns* exemplos: decisão que concede tutela provisória liminar de urgência (art. 300, §2º, CPC), decisão que concede tutela provisória liminar de evidência (arts. 311, II e III, CPC) e a decisão que determina a expedição do mandado monitório, na ação monitória (art. 701, CPC), que também é exemplo de tutela provisória da evidência. Embora não conste do rol do par. ún. do art. 9º, também é exemplo de decisão liminar aquela prevista no art. 562 do CPC, que autoriza a expedição tutela antecipada possessória, que também é de evidência, assim como a tutela provisória no processo de despejo (art. 59, §1º, Lei 8.245/1991) e a tutela provisória no mandado de segurança (art. 7º, III, Lei n. 12.016/2009). O rol, como se vê, não é exaustivo.

Não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo, de tutela provisória liminar. Isso porque há uma ponderação legislativa entre a efetividade e o contraditório, preservando-se o contraditório para momento posterior. O contraditório, neste caso, é postecipado para momento seguinte ao da concessão da providência de urgência[44]. Como a decisão é provisória, o prejuízo para o réu fica aliviado.

Nos casos de tutela provisória liminar de evidência, embora não haja perigo, a alta probabilidade de êxito da demanda é reconhecida como apta a mitigar o contraditório, postecipando-o da mesma maneira.

---

44. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 147-148.

2.3.2. Dever de o juiz zelar pelo efetivo contraditório

A parte final do art. 7º do CPC impõe ao órgão julgador o dever de zelar pelo efetivo contraditório. Como se já não bastasse, o art. 139, I, ratifica: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento".

A disposição normativa é nova, embora a norma pudesse ser compreendida como concretização dos princípios constitucionais da igualdade e do contraditório. É que essas normas de direitos fundamentais impõem ao órgão jurisdicional o dever de protegê-los; o dispositivo, aqui, apenas concretiza essa exigência.

Não é por acaso que essa norma decorre do mesmo artigo que consagra o princípio da igualdade processual. A igualdade processual revela-se na "paridade de armas" (para usar uma expressão clássica, que denota uma preocupação com a igualdade formal) e no "equilíbrio processual"[45]. Em suma, é preciso que as partes possam exercer o contraditório em condições iguais.

O órgão julgador, com base nessa regra, pode intervir no processo para promover o efetivo contraditório e, por consequência, a igualdade processual. Na sugestiva lição de Rafael Abreu, o juiz deve atuar para "neutralizar as desigualdades" que possam afetar a atuação das partes e promover uma "equivalência de oportunidades" a todos os sujeitos processuais[46].

Mal aplicada, a regra pode levar a situações que descambem para arbitrariedades e, no limite, para o reconhecimento da quebra da imparcialidade do juiz. É preciso ter muito cuidado. A norma deve restringir-se a permitir adequações do processo feitas pelo juiz, em situações excepcionais, para reequilibrar o contraditório. A norma não permite que o juiz interfira no conteúdo das postulações, desconsidere a revelia decorrente de citação válida, determinando nova citação, ou que controle a vontade das partes manifestada validamente no processo.

Um exemplo. O art. 190 do CPC permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos. Um negócio processual pode reestruturar a conformação do contraditório. Essa reestruturação é voluntária e, respeitados os pressupostos do art. 190, deve ser observada pelo órgão julgador, a quem não compete imiscuir-se na vontade das partes, neste particular. O controle judicial do "efetivo contraditório", nesses casos, somente poderá ocorrer nos casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou quando a parte se encontrar em manifesta situação de

45. Expressão mais contemporânea, relacionada à igualdade material (ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *Igualdade e processo civil – perfis conceitual, funcional e estrutural do direito fundamental à isonomia no processo civil do Estado Constitucional*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014).

46. ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *Igualdade e processo civil – perfis conceitual, funcional e estrutural do direito fundamental à isonomia no processo civil do Estado Constitucional*, p. 102.

vulnerabilidade (art. 190, par. ún., CPC, dispositivo que dimensiona o dever de zelar pelo efetivo contraditório diante de um negócio processual atípico).

Há um novo e interessante dispositivo que serve para a concretização deste dever: o inciso VI do art. 139, primeira parte, que confere ao juiz o poder de "dilatar os prazos processuais". A dilação dos prazos processuais é uma das principais técnicas para reequilibrar o contraditório. Imagine-se o caso de o réu ter anexado à contestação dez mil documentos, além de ter reconvindo; os quinze dias previstos para o autor manifestar-se sobre tudo isso são, no caso, claramente insuficientes para um contraditório efetivo. Ao permitir que se amplie o prazo processual, o inciso VI do art. 139 confere ao juiz um poder para cumprir o dever que lhe foi cometido pela parte final do art. 7º.

O dever de zelar pelo efetivo contraditório pode servir como fundamento normativo de *adequações atípicas* do processo feitas pelo juiz – *sobre o princípio da adequação jurisdicional do processo, ver item mais à frente*. Um exemplo. A designação de curador especial é uma técnica de equilibrar o contraditório, em favor daqueles considerados pela lei como em situação de vulnerabilidade processual. É possível que, em situações atípicas de vulnerabilidade processual, o juiz designe um curador especial à parte, fora das hipóteses do art. 72, como forma de zelar pelo efetivo contraditório. Basta pensar na hipótese de o advogado não comparecer à audiência de instrução, em que serão ouvidas as partes e algumas testemunhas; para não prejudicar o equilíbrio do contraditório, o juiz poderá determinar que um defensor público, presente no fórum, atue como curador especial naquela audiência.

2.4. Princípio da ampla defesa

Contraditório e ampla defesa formam um belo e conhecido par. Não por acaso, estão previstos no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, LV, CF/1988).

Tradicionalmente, a doutrina distinguia ambas as garantias, embora reconhecesse que entre elas havia forte conexão. Bem ilustrativo desta concepção é o entendimento de Delosmar Mendonça Jr.: "...são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. (...) O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório".[47]

Convém lembrar, ainda, que a ampla defesa é "direito fundamental de ambas as partes",[48] consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório.

47. MENDONÇA Jr., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 55.
48. MENDONÇA Jr., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*, p. 57.

Atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental.

A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório.

2.5. Princípio da publicidade

Processo devido é processo *público*. O direito fundamental à publicidade dos atos processuais está garantido pelo art. 5º, LX, CF/1988. Os arts. 8º e 11 do CPC reafirmam essa exigência.

> Como afirmou o juiz americano Louis Brandeis, "A luz do sol é o melhor dos detergentes; a luz elétrica é o melhor policial".

Os atos processuais hão de ser públicos. O princípio da publicidade gera o direito fundamental à publicidade. Trata-se de direito fundamental que tem, basicamente, duas funções: a) proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos (e, nesse sentido, é conteúdo do devido processo legal, como instrumento a favor da imparcialidade e independência do órgão jurisdicional); b) permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, principalmente sobre o exercício da atividade jurisdicional[49].

Essas duas funções revelam que a publicidade processual tem duas dimensões: a) *interna*: publicidade para as partes, bem ampla, em razão do direito fundamental ao processo devido; b) *externa*: publicidade para os terceiros, que pode ser restringida em alguns casos, como se verá.

A Constituição Federal estabelece possibilidade de restrição (mas não eliminação) da publicidade *externa*: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (art. 5º, LX, CF/1988).

Há grande preocupação em reafirmar essa garantia constitucional. O CPC repete a exigência no art. 189.

O art. 189 determina que alguns processos devem tramitar em segredo de justiça: I – em que o exija o interesse público ou social; II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na

49. Sobre as duas funções da publicidade processual, ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48-55.

arbitragem seja comprovada perante o juízo. O art. 189 do CPC é regra que dá densidade normativa ao princípio da publicidade.

O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante de divórcio ou separação (art. 189, §2º, CPC).

Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público, nas audiências ou sessões de julgamento (art. 11, par. ún., CPC).

A Emenda Constitucional n. 45/2004 ratificou a exigência da publicidade de todos os atos provenientes dos órgãos do Poder Judiciário. Os incisos IX e X do art. 93 da CF/1988 passaram a ter a seguinte redação: "IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação[50]; X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

O processo arbitral *pode* ser sigiloso. O sigilo não é pressuposto do processo arbitral, mas é bem comum. O sigilo do processo arbitral restringe-se à publicidade externa. Não há problema em relação a isso: trata-se de exercício da jurisdição por órgão não-estatal, cujo objeto envolve situações jurídicas disponíveis titularizadas por pessoas capazes. O sigilo do processo arbitral é concretização do direito fundamental à preservação da intimidade. A arbitragem que envolve entes públicos, porém, não pode ser sigilosa[51].

O art. 190 do CPC autoriza a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos. Não se admite, porém, o pacto de sigilo processual, um "segredo da justiça" de

50. Há uma aparente prevalência do direito à informação em relação à proteção da intimidade. Este eventual conflito de direitos fundamentais não pode ser resolvido *a priori*, como a redação do inciso dá a entender; somente à luz do caso concreto, aplicado o princípio da proporcionalidade, será possível verificar qual dos dois deverá prevalecer. O juízo de ponderação é, sempre, *a posteriori*, e feito pelo magistrado. André Ramos Tavares adverte que a colisão entre a publicidade e a intimidade não é a única que pode acontecer: "Há inúmeros outros que podem entrar em cena, em cada caso concreto (no respectivo processo), tais como: dignidade da pessoa humana, privacidade, honra e direito à imagem". (*Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88 – (Des) estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 34).

51. Nesse sentido, enunciado n. 15 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "As arbitragens que envolvem a Administração Pública respeitarão o princípio da publicidade, observadas as exceções legais (vide art. 2º, § 3º, do Projeto nº 406/2013)".

origem negocial. Caso desejem o processo sigiloso, as partes devem encaminhar-se para a arbitragem.

Há uma íntima relação entre o princípio da publicidade e a regra da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade torna efetiva a participação no controle dessas mesmas decisões. A publicidade é instrumento de eficácia da garantia da motivação.

Em um sistema de precedentes obrigatórios, como o brasileiro, a publicidade ganha contornos ainda mais peculiares e importantes. Todo processo passa a ser de interesse de várias pessoais, pois dele pode resultar um precedente aplicável a casos atuais e futuros.

É por isso que, ao regular a divulgação dos precedentes firmados em julgamento de casos repetitivos, o CPC determinou (art. 979, §§1º, 2º, e 3º): "§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. § 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário".

No Brasil, há a transmissão *ao vivo*, pela televisão, de julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Ao que nos consta, é experiência inédita no mundo. Trata-se, induvidosamente, de uma técnica de concretização da dimensão externa do direito fundamental à publicidade processual. O fenômeno tem, como quase tudo, aspectos positivos (disseminação da informação jurídica, sobretudo do posicionamento do STF[52]) e negativos (espetacularização das sessões e o enfraquecimento da colegialidade do julgamento[53]). Os aspectos negativos parecem ser produto da falta de

52. "Ao ângulo prático, as transmissões dos julgamentos têm produzido resultados interessantes. Não é desprezível a visibilidade que grandes questões nacionais ganharam quando examinadas pelo Supremo. O julgamento do mensalão, a questão das pesquisas com células-tronco, o problema do antissemitismo como racismo e a garantia de terras às populações indígenas são casos eloquentes de mobilização da sociedade em torno de sérios problemas do país. Para dizer o mínimo, nossa suprema corte é hoje um fórum de discussão democrática mais relevante e respeitado do que o próprio Congresso Nacional. Todo esse processo de construção institucional do Poder Judiciário foi potencializado pela TV Justiça e, em particular, pelo televisionamento das sessões do STF. A repercussão dos julgamentos desperta a cidadania e estabelece um diálogo profícuo com as demais autoridades políticas. Os ganhos em termos de transparência e legitimação das decisões têm compensado, plenamente, eventuais desgastes. Ao fim e ao cabo, discussões destemperadas podem ser evitadas com o apelo ao velho bom senso. Nem toda ideia original é boa, assim como nem toda boa ideia é original. Mas isso não impediu que o Brasil desse uma ideia boa e original ao mundo". (BINENBOJM, Gustavo. "A Justiça na TV". *Folha de São Paulo*, 02.05.2009, p. 3).

53. Sobre esse último aspecto, convém transcrever o que disseram Virgilio Afonso da Silva e Conrado Hübner, motivados por séria refrega entre dois ministros do STF, transmitida ao vivo pela TV Justiça: "Com maior

maturidade no uso da tecnologia, que potencializa a transparência do exercício da função jurisdicional. O controle pela opinião pública, principalmente pela intelectualidade acadêmica e pelos demais operadores do Direito, é o principal instrumento de prevenção e combate a essas distorções, em busca do amadurecimento institucional. O certo é que não se pode retroceder no particular, com solução que vete ou restrinja a transmissão dos julgamentos.

A publicidade em processos eletrônicos tem as suas peculiaridades. Com o objetivo de dar efetividade ao § 6º do art. 11 da Lei n. 11.419/2006, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 121/2010, com redação alterada pela Resolução n. 143/2011, cuja transcrição é recomendável:

> O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições conferidas pela Constituição da República, especialmente o disposto no inciso I, §4º, art. 103-B.
>
> CONSIDERANDO que o Estado Democrático de Direito sob o qual é alicerçada a República Federativa do Brasil adotou o princípio da publicidade como garantia da prestação de contas da atividade jurisdicional;
>
> CONSIDERANDO a necessidade de divulgação dos atos processuais a fim de conferir transparência e garantir o direito de acesso à informação, conforme dispõe o art. 5º, XXXIII e XXXIV, b da Constituição;

---

frequência, o que se pode identificar nesse emaranhado de decisões, disponíveis às vezes quase em tempo real, é tão-somente a soma de 11 decisões individuais, que não têm a menor pretensão de construir uma posição institucional consistente. Ainda que a dissidência interna possa ser saudável, ela não pode implicar uma falta de compromisso com uma posição institucional. O debate sobre a forma de decisão no Supremo, sobre a ausência de uma voz institucional em grande parte causada pela insistência em privilegiar as vozes individuais de seus ministros-, é o que mais importa. E, se consistência decisória é uma das maiores contribuições que um tribunal como o STF poderia dar a uma democracia, pode-se dizer que ele tem falhado nessa tarefa. Embora a transmissão ao vivo de suas sessões não seja a causa dessa falta de unidade institucional, não é implausível especular que ela a intensifique. Se descobrirmos que é isso o que ocorre, há que pensar a sério em alternativas. Todos temos palpites a respeito, mas a resposta não é óbvia e exige mais estudo. Saber se a discussão entre os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa fere a imagem do tribunal não é tão relevante quanto o sintoma que esse episódio pode representar: alguns ministros começam a aproveitar o "momentum" televisivo para dirigir-se exclusivamente ao público externo, em vez de interagir entre si, no melhor espírito de uma deliberação colegiada. Tornam-se celebridades, o que é perigoso. Talvez estejam produzindo, a título de uma sedutora transparência de superfície, um indesejável populismo judicial. O tribunal vende uma e entrega o outro. E não percebemos". (SILVA, Virgílio Afonso, HÜBNER, Conrado. "O STF e o populismo judicial". *Folha de São Paulo*, 11.05.2009, p. 3). Em linha bem parecida, Marcelo Neves: "Parece-me, porém, que a transmissão ao vivo dessas sessões, na forma atual, serve menos à transparência do que à espetacularização. Além disso, a prática institucional de votos longuíssimos lidos perante as câmeras televisivas sobrecarrega temporalmente um órgão já exposto a uma extrema pressão temporal. Não se trata de uma sessão de trabalho produtiva e eficiente, mas antes de uma boa diversão para o público. Por fim, o próprio custo da TV Justiça como um todo deveria ser questionado em um país com amplas demandas em áreas carentes de recurso". (NEVES, Marcelo. "A 'desrazão' sem diálogo com a 'razão': teses provocatórias sobre o STF". Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf, consultado em 17.02.2015.)

CONSIDERANDO que o art. 93, XI, da Constituição garante o exercício da publicidade restrita ou especial dos atos processuais, segundo a qual a divulgação pode e deve ser restringida sempre que a defesa da intimidade ou o interesse público o exigir;

CONSIDERANDO a exigência de tratamento uniforme da divulgação dos atos processuais judiciais no âmbito de toda a magistratura nacional, de molde a viabilizar o exercício da transparência sem descurar da preservação do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas;

CONSIDERANDO as dificuldades enfrentadas pela justiça brasileira em razão da estigmatização das partes pela disponibilização na rede mundial de computadores de dados concernentes aos processos judiciais que figuraram como autoras ou rés em ações criminais, cíveis ou trabalhistas;

CONSIDERANDO a necessidade da definição de diretrizes para a consolidação de um padrão nacional de definição dos níveis de publicidade das informações judiciais, a fim de resguardar o exercício do devido processo legal, com todos os meios e instrumentos disponibilizados;

CONSIDERANDO que o art. 11, § 6º, da Lei 11.419/2006, estabelece que os documentos eletrônicos "somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça";

CONSIDERANDO o que foi deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 114ª Sessão Ordinária, realizada em 5 de outubro de 2010, no julgamento do Ato nº 0001776-16.2010.2.00.0000.

RESOLVE:

Art. 1.º A consulta aos dados básicos dos processos judiciais será disponibilizada na rede mundial de computadores (internet), assegurado o direito de acesso a informações processuais a toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse.

Parágrafo único. No caso de processo em sigilo ou segredo de justiça não se aplica o disposto neste artigo.

Art. 2º Os dados básicos do processo de livre acesso são:

I – número, classe e assuntos do processo;

II – nome das partes e de seus advogados;

III – movimentação processual;

IV – inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos.

Art. 3.º O advogado cadastrado e habilitado nos autos, as partes cadastradas e o membro do Ministério Público cadastrado terão acesso a todo o conteúdo do processo eletrônico.

§ 1º. Os sistemas devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse, para fins, apenas, de registro, salvo nos casos de processos em sigilo ou segredo de justiça.

§ 2º. Deverá haver mecanismo que registre cada acesso previsto no parágrafo anterior.

Art. 4.º As consultas públicas dos sistemas de tramitação e acompanhamento processual dos Tribunais e Conselhos, disponíveis na rede mundial de computadores, devem permitir a localização e identificação dos dados básicos de processo judicial segundo os seguintes critérios: (Redação dada pela Resolução nº 143, de 30.11.2011)

I – número atual ou anteriores, inclusive em outro juízo ou instâncias;

II – nomes das partes;

III – número de cadastro das partes no cadastro de contribuintes do Ministério da Fazenda;

IV – nomes dos advogados;

V – registro junto à Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º. A consulta ficará restrita às seguintes situações: (Redação dada pela Resolução nº 143, de 30.11.2011)

I - ao inciso I da cabeça deste artigo, nos processo criminais, após o trânsito em julgado da decisão absolutória, da extinção da punibilidade ou do cumprimento da pena; (Redação dada pela Resolução nº 143, de 30.11.2011)

II - aos incisos I, IV e V da cabeça deste artigo, nos processo sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho. (Redação dada pela Resolução nº 143, de 30.11.2011)

Art. 4.º As consultas públicas disponíveis na rede mundial de computadores devem permitir a localização e identificação dos dados básicos de processo judicial segundo os seguintes critérios:

I – número atual ou anteriores, inclusive em outro juízo ou instâncias;

II – nomes das partes;

III – número de cadastro das partes no cadastro de contribuintes do Ministério da Fazenda;

IV – nomes dos advogados;

V – registro junto à Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º. A consulta ficará restrita ao previsto no inciso I da cabeça deste artigo nas seguintes situações:

I – nos processos criminais, após o trânsito em julgado da decisão absolutória, da extinção da punibilidade ou do cumprimento da pena;

II – nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho.

§ 2º. Os nomes das vítimas não se incluem nos dados básicos dos processos criminais.

Art. 5.º A disponibilização de consultas às bases de decisões judiciais impedirá, quando possível, a busca pelo nome das partes.

Art. 6º. A certidão judicial se destina a identificar os termos circunstanciados, inquéritos ou processos em que a pessoa a respeito da qual é expedida figura no polo passivo da relação processual originária.

Art. 7º. A certidão judicial deverá conter, em relação à pessoa a respeito da qual se certifica:

I – nome completo;

II – o número do cadastro de contribuinte no Ministério da Fazenda;

III – se pessoa natural:

a) nacionalidade;

b) estado civil;

c) números dos documentos de identidade e dos respectivos órgãos expedidores;

d) filiação; e

e) o endereço residencial ou domiciliar.

IV – se pessoa jurídica ou assemelhada, endereço da sede; e

V – a relação dos feitos distribuídos em tramitação contendo os números, suas classes e os juízos da tramitação originária.

§ 1º. Não será incluído na relação de que trata o inciso V o processo em que houver gozo do benefício de sursis (art. 163, § 2º da Lei nº. 7.210, de 1984) ou quando a pena já tiver sido extinta ou cumprida, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei (art. 202, da Lei 7.210, de 1984).

§ 2º. A ausência de alguns dos dados não impedirá a expedição da certidão negativa se não houver dúvida quanto à identificação física da pessoa.

Art. 8º. A certidão judicial, cível ou criminal, será negativa quando não houver feito em tramitação contra a pessoa a respeito da qual foi solicitada.

§1º. A certidão judicial criminal também será negativa:

I – quando nela constar a distribuição de termo circunstanciado, inquérito ou processo em tramitação e não houver sentença condenatória transitada em julgado.

II – em caso de gozo do benefício de sursis (art. 163, § 2º. da Lei nº. 7.210, de 1984) ou a pena já tiver sido extinta ou cumprida.

§ 2º Também deverá ser expedida certidão negativa quando, estando suficientemente identificada a pessoa a respeito da qual se solicitou a certidão, houver registro de processo referente a homônimo e a individualização dos processos não puder ser feita por carência de dados do Poder Judiciário, caso em que deverá constar essa observação.

Art. 9º. O requerente de certidão negativa sobre a sua situação poderá, na hipótese do §1º inciso I, do artigo anterior, solicitar a inclusão do resumo da sentença absolutória ou que determinou o arquivamento.

Art. 10. A certidão requisitada mediante determinação judicial deverá informar todos os registros constantes em nome da pessoa.

Art. 11. A certidão judicial negativa será expedida eletronicamente por meio dos portais da rede mundial de computadores.

Art. 12. A certidão judicial positiva poderá ser expedida eletronicamente àqueles previamente cadastrados no sistema processual, contendo, se for o caso, o resumo da sentença criminal (Art. 2º. da Lei 11.971, de 2009).

Parágrafo único. A pessoa não cadastrada solicitará a expedição de certidão conforme regulamentado pelo tribunal respectivo.

Art. 13. Os órgãos jurisdicionais de que tratam os incisos I-A a VII do art. 92 da Constituição deverão observar os termos desta Resolução a partir de 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação.

Parágrafo único. A pessoa prejudicada pela disponibilização de informação na rede mundial de computadores em desconformidade com esta Resolução poderá solicitar a retificação ao órgão jurisdicional responsável.

Art. 14. Esta Resolução entra em vigor a partir de sua publicação.

2.6. Princípio da duração razoável do processo

A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, no art. 8, 1, prevê:

"Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente,

> independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza."[54]

A República Federativa do Brasil é signatária desse Pacto, que adquiriu eficácia no plano internacional em 18 de julho de 1978. O Congresso Nacional editou o Decreto 27, de 26 de maio de 1992, aprovando o seu texto. O Governo Federal depositou, em 25 de setembro do mesmo ano, a Carta de Adesão ao mencionado pacto. Com a ulterior publicação do Decreto 678 (09.11.1992), o Pacto de São José da Costa Rica foi promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. O procedimento de incorporação do tratado foi respeitado em seus mínimos detalhes.

Como ensina Flávia Piovesan: "A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais"[55].

Estávamos, pois, diante de norma constitucional, que impunha a decisão judicial em prazo razoável. Concluía-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vinha expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF/1988).[56] Decorreria esse direito fundamental, ainda, do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A EC n. 45/2004, que reformou constitucionalmente o Poder Judiciário, incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF/1988: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

O CPC ratificou esse princípio no art. 4º, esclarecendo que ele se aplica inclusive à fase executiva: "As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". O inciso II do art. 139 reforça o princípio: "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) II – velar pela duração razoável do processo".

---

54. Também assim, o Tratado de Roma: "Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida." (art. 6º, 1, Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 04 de novembro de 1950).
55. PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79-80.
56. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia do processo sem dilações indevidas". *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999, p. 259-260.

Processo devido é, pois, processo com duração razoável.

A Corte Europeia dos Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para que se determine se a duração do processo é, ou não, razoável: *a)* a complexidade do assunto; *b)* o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; *c)* a atuação do órgão jurisdicional[57]. No Brasil, podemos acrescentar como critério a análise da estrutura do órgão judiciário.

Esses critérios devem ser sopesados de acordo com as peculiaridades do caso; um não é mais importante do que o outro. Trata-se de elementos tipológicos: eles não são individualmente, nem necessários, nem suficientes, para a caracterização da demora irrazoável; vale para a sua configuração a visão de conjunto.

> "O reconhecimento destes critérios traz como imediata consequência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados.
>
> Assim, é evidente que se uma determinada questão envolve, por exemplo, a apuração de crimes de natureza fiscal ou econômica, a prova pericial a ser produzida poderá demandar muitas diligências que justificarão duração bem mais prolongada da fase instrutória.
>
> (...)
>
> Por outro lado, não poderão ser taxadas de 'indevidas' as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que, em algumas ocasiões, dá azo a incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes.
>
> E, ademais, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo."[58]

Há uma regra no direito brasileiro que pode servir de parâmetro. De acordo com o art. 97-A da Lei 9.504/1997, acrescentado pela Lei n. 12.034/2009, reputa-se razoável o prazo de um ano, incluindo a tramitação em todas as instâncias, para a duração do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo. Esse prazo começa a conta da apresentação da demanda perante a Justiça Eleitoral. Se houver desrespeito a esse prazo, caberá representação disciplinar contra o juiz ou o

57. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia do processo sem dilações indevidas". *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 239; ANNONI, Danielle. *A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 85; GARCIA, José Antonio Tomé. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinários*. Madri: Montecorvo, 1987, p. 119.

58. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia do processo sem dilações indevidas". *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 239-240.

Tribunal (art. 97, Lei n. 9.504/1997), sem prejuízo da representação perante o Conselho Nacional de Justiça (art. 97-A, § 2º, da Lei 9.504/1997).

Há alguns instrumentos que podem servir para concretizar esse direito fundamental: *a)* representação por excesso de prazo, com a possível *perda da competência* do juízo em razão da demora (art. 235, CPC); *b)* mandado de segurança contra a omissão judicial, caracterizada pela não prolação da decisão por tempo não razoável, cujo pedido será a cominação de ordem para que se profira a decisão[59]; *c)* se a demora injusta causar prejuízo, ação de responsabilidade civil contra o Estado, com possibilidade de ação regressiva contra o juiz; *d)* a EC n. 45/2004 também acrescentou a alínea "e" ao inciso II do art. 93 da CF/88, estabelecendo que "não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão".

O par. ún. do art. 7º da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) também possui regra que serve a esse direito fundamental: "O proferimento da sentença além do prazo estabelecido privará o juiz da inclusão em lista de merecimento para promoção, durante 2 (dois) anos, e acarretará a perda, para efeito de promoção por antigüidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento, salvo motivo justo, declinado nos autos e comprovado perante o órgão disciplinar competente".

É preciso, porém, fazer uma reflexão final como contraponto.

Não existe um *princípio da celeridade*. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo *deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.*

Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um *direito fundamental ao devido processo*, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles[60].

---

59. CABRAL, Antonio do Passo. "A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 85-87.
60. Com preocupação semelhante, mais recentemente, CABRAL, Antonio do Passo. "A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil", cit., p. 81-84; THEODORO Jr., Humberto;

2.7. Princípio da igualdade processual (paridade de armas)

O art. 5º, *caput*, da CF/1988, é a fonte normativa do princípio da igualdade processual.

Da primeira parte do art. 7º do CPC[61] decorre, diretamente, em um plano infraconstitucional, o princípio da igualdade processual. A redação é prolixa, mas o propósito é simples: as partes devem ser tratadas com igualdade.

A igualdade processual deve observar quatro aspectos:

a) imparcialidade do juiz (equidistância em relação às partes);

b) igualdade no acesso à justiça, sem discriminação (gênero, orientação sexual, raça, nacionalidade etc.);

c) redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça, como a financeira (ex.: concessão do benefício da gratuidade da justiça, arts. 98-102, CPC), a geográfica (ex. possibilidade de sustentação oral por videoconferência, art. 937, §4º, CPC), a de comunicação (ex.: garantir a comunicação por meio da Língua Brasileira de Sinais, nos casos de partes e testemunhas com deficiência auditiva, art. 162, III, CPC) etc.[62];

d) igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório[63].

É importante, no entanto, registrar que o princípio da igualdade no processo costuma revelar-se com mais clareza nos casos em que se criam regras para tratamento diferenciado.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 142-143.

61. Art. 7º do CPC: "É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório". Claramente inspirado no art. 3º-A do Código de Processo Civil português: "O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais".

62. "Como explica Chiavario, essa paridade de armas entre as partes não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, 1999, p. 256.) Ao impor a criação de uma série de regras processuais adequadas às particularidades de cada sujeito do processo a igualdade processual confunde-se com a adequação subjetiva do processo, examinada em item seguinte sobre o princípio da adequação.

63. Sobre essas quatro manifestações da igualdade processual, ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford: Oxford Press, 2003, p. 114-116.

Por mais paradoxal que possa parecer, o tratamento distinto é, em alguns casos, a principal forma de igualar as partes.

Alguns exemplos, além de outros já citados: nomeação de curador especial para incapazes processuais (art. 72, CPC); regras especiais de competência territorial para a proteção de vulneráveis (arts. 53, I, II e III, "e", CPC; art. 101, I, CDC); intimação obrigatória do Ministério Público nos casos que envolvam interesse de incapaz (art. 178, II, CPC); proibição de citação postal de incapaz (art. 247, II, CPC); tutela provisória satisfativa de direitos evidentes (art. 311, CPC); prazo em dobro para os entes públicos manifestarem-se nos autos (art. 183, CPC); eliminação do efeito suspensivo automático da apelação contra sentença que rejeita embargos à execução (art. 1.012, §1º, III, CPC); tramitação prioritária de processos que envolvem idosos ou pessoas portadoras de doença grave (art. 1.048, CPC) etc. O dever de o tribunal uniformizar a sua jurisprudência e observá-la é, também, manifestação do princípio da igualdade (art. 926, CPC)[64].

Uma importante dimensão do princípio da igualdade, no processo, é o dever de o órgão julgador confrontar o caso concreto com o caso paradigma, de modo a verificar se é ou não caso de aplicação do precedente ou da jurisprudência (art. 489, §1º, V e VI, CPC).

De acordo com esta visão mais substancial, o princípio da igualdade pode confundir-se com o devido processo legal substancial[65].

2.8. Princípio da eficiência

O processo, para ser *devido*, há de ser *eficiente*. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal[66]. Realmente, é difícil conceber como devido um processo ineficiente.

Ele resulta, ainda, da incidência do art. 37, *caput*, da CF/1988. Esse dispositivo também se dirige ao Poder Judiciário – como indica, aliás, a literalidade do enunciado, que fala em "qualquer dos Poderes". Mas o princípio da eficiência, neste caso, é norma de direito administrativo.

---

64. Ampla exposição sobre as repercussões do princípio da igualdade no processo, com boas sugestões, ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012; ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *Igualdade e processo civil – perfis conceitual, funcional e estrutural do direito fundamental à isonomia no processo civil do Estado Constitucional*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

65. Assim, p. ex., ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37. No mesmo sentido, com outras referências, GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 82, p. 75.

66. Assim, também, CUNHA, Leonardo Carneiro da. "A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233, p. 78.

Como norma processual, encontra fundamento no devido processo legal e, agora, expressamente, no art. 8º do CPC.

> Há quem defenda que essa norma seja um *postulado*, não um princípio, pois é norma que serve à aplicação de outras normas (princípios e regras)[67]. É uma metanorma, que estrutura o modo de aplicação de outras normas. *Postulado* é, então, uma norma com estrutura e finalidade diversas, segundo o pensamento de Ávila. Para manter a coerência de seu pensamento, o autor opta por considerar a eficiência administrativa como um *postulado*.
>
> Optamos pela menção a "princípio da eficiência", entretanto, por duas razões: a) o texto constitucional o menciona expressamente; b) norma é sentido que se dá a um texto; do dispositivo constitucional, pensamos que tanto se possa extrair um postulado como um princípio – uma norma que vise à obtenção da eficiência, no caso uma *gestão processual eficiente*, como estado de coisas a ser alcançado.

Não bastasse a fundamentação constitucional, o art. 8º do CPC também impõe ao órgão jurisdicional a observância do princípio da eficiência.

O princípio repercute sobre a atuação do Poder Judiciário em duas dimensões: *a)* Administração Judiciária e *b)* a gestão de um determinado processo.

a) *Sobre a Administração Judiciária.*

O Poder Judiciário também pode ser encarado, sob uma perspectiva, como ente da administração – e é exatamente por isso que o art. 37 da CF/88 também a ele se refere. A Administração Judiciária – administração dos órgãos administrativos que compõem o Poder Judiciário – deve ser eficiente.

A criação do Conselho Nacional de Justiça, pela EC n. 45/2004, corrobora essa dimensão do princípio da eficiência administrativa. A simples leitura do §4º do art. 103-B da CF/1988 é suficiente para demonstrar o que se afirma:

> "§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:
>
> I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

67. ÁVILA, Humberto. "Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005, p. 24. Disponível em www.direitodoestado.com.br, acesso em 22.12.2012, às 06h29. Nesse sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. "As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência". *Revista de Processo*. São Paulo: RT 2005, n. 121, item 6, p. 292-296.

> II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;
>
> III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;
>
> IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
>
> V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
>
> VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
>
> VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa".

O princípio, neste sentido, é norma de direito administrativo, sem qualquer especificidade digna de nota pelo fato de ser dirigido ao Poder Judiciário. Essa dimensão do princípio da eficiência *não* será examinada neste *Curso*.

b) Sobre a gestão de um determinado processo.

A dimensão do princípio da eficiência que ora nos interessa é a outra.

O princípio da eficiência, aplicado ao *processo jurisdicional*, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional.

O princípio, aqui, dirige-se ao órgão do Poder Judiciário, não na condição de ente da administração, mas, sim, na de órgão jurisdicional, responsável pela gestão de um processo (jurisdicional) específico. Assim, é norma de direito processual e, nessa qualidade, interessa a este *Curso*.

A compreensão da eficácia processual do princípio da eficiência impõe, ainda, que se levem em consideração algumas premissas.

i) Esse princípio se relaciona com a *gestão do processo*.

O órgão jurisdicional é, assim, visto como um administrador: *administrador de um determinado processo*. Para tanto, a lei atribui-lhe poderes de condução (gestão) do processo. Esses poderes deverão ser exercidos de modo a dar o máximo de eficiência ao processo. Trata-se o serviço jurisdicional como uma espécie de serviço público[68] – submetido, pois, às normas gerais do serviço público[69]. Para a compreensão do princípio do processo jurisdicional eficiente, é imprescindível, então, o diálogo entre a Ciência do Direito Processual e a Ciência do Direito Administrativo.

Essa é a primeira premissa: o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado "estado de coisas": o processo eficiente.

ii) A aplicação do princípio da eficiência ao processo é uma versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual. Muda-se a denominação, não apenas porque é assim que ela aparece nos textos da Constituição e do CPC, mas, sobretudo, por ser uma técnica retórica de reforço da relação entre esse princípio e a atuação do juiz como um administrador[70] – ainda que administrador de um *determinado* processo[71].

---

68. CADIET, Loïc, JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé*. 7ª ed. Paris: LexisNexis, 2011, p. 35 e 38; CAPONI, Remo. "O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 192, p. 400-401.

69. ANDRADE, Érico. "As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 193, p. 173.

70. A eficiência como uma qualidade que contemporaneamente se busca atribuir à atividade administrativa – que se pretende uma administração gerencial – foi bem percebida por CUNHA, Leonardo Carneiro da. "A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233, p. 69-74.

71. Em sentido diverso, Eduardo José da Fonseca Costa: "O postulado da eficiência processual é norma sobre a produção de outras normas, é norma de segundo grau, norma que imputa ao juiz o dever estrutural de arquitetar criativamente regras procedimentais individuais e concretas que, uma vez efetivadas, produzam o estado fático desejado pelos princípios que as inspiram. Já o princípio da economia processual é norma de comportamento, é norma de primeiro grau, é norma que fixa como fim prático desejado um processo civil em que se obtém o máximo de proveito com o mínimo de atividade dos sujeitos envolvidos. É bem verdade que a doutrina hodierna vem tentando dar ao princípio da economia processual um novo apelido, chamando-o de "princípio da eficiência". Trata-se de modernice dispensável, porém. A inovação terminológica tão-somente se justifica se o inovador estiver cônscio da grave distinção entre "princípio da eficiência" e "postulado da eficiência". Todavia, a semelhança entre estas locuções só traz mais perturbações, motivo pelo qual a antiquada "economia processual" ainda é preferível à "eficiência" para designar o princípio". (COSTA, Eduardo José da Fonseca. "As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência", cit., p. 294.) A relação entre economia e eficiência é tão íntima, que não foi por acaso que a Associação Internacional de Direito Processual promoveu, na Lituânia, em maio de 2013, o seminário "Tendências Recentes sobre Economia e Eficiência no Processo Civil". Merece leitura a resenha do evento feita por CÂMARA, Alexandre Freitas. "Seminário ´Tendências Recentes sobre Economia e Eficiência no Processo Civil´". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 223, p. 463 e segs.

iii) Exatamente por conta disso, pode-se sintetizar a "eficiência", meta a ser alcançada por esse princípio, como o resultado de uma atuação que observou dois deveres: *a)* o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); *b)* o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*)[72].

Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Ou seja, na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade – não se pode escolher um meio que promova resultados insignificantes) e certo (probabilidade – não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade – não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado)[73]. A eficiência é algo que somente se constata *a posteriori*: não se pode avaliar *a priori* se a conduta é ou não eficiente.

Assim como o princípio da adequação, o princípio da eficiência impõe ao órgão jurisdicional o dever de adaptar ou "arquitetar", na expressão de Eduardo José da Fonseca Costa, regras processuais, com o propósito de atingir a eficiência. Mas enquanto a adequação é atributo das regras e do procedimento, *a eficiência é uma qualidade que se pode atribuir apenas ao procedimento* – encarado como ato[74]. Embora se conceba um procedimento *a priori* (em tese) adequado – um procedimento definido pelo legislador, com a observância dos critérios objetivo, subjetivo e teleológico, examinados em item à frente –, um procedimento eficiente é inconcebível *a priori*: a eficiência resulta de um juízo *a posteriori*, como se disse, sempre retrospectivo.

Note que, assim, podemos distinguir *eficiência* e *efetividade*.

---

72. ÁVILA, Humberto. "Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa", cit., p. 19.
73. ÁVILA, Humberto. "Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa", cit., p. 23-24.
74. Em sentido diverso, Eduardo José da Fonseca Costa, para quem a eficiência é um atributo das regras. O autor entende que não existe um princípio da eficiência, mas, sim, um postulado; esse postulado "não impõe o dever jurídico de promover-se um fim, mas estrutura, mediante a produção de regras jurídicas, a aplicação do dever de promover-se os fins que as infundiram. Não prescreve diretamente um comportamento, mas sim uma maneira de elaboração das regras, em que se concorda ao máximo o conteúdo delas com os valores que lhe justificaram a produção e que devem estar nelas imbricados. Enfim, o postulado da eficiência é um dever de estruturação, que estabelece uma vinculação entre princípios e regras jurídicas e que estabelece uma relação de otimização no processo de concretização dos princípios pelas regras. Definitivamente, quanto mais a criação duma regra estiver centrada na finalidade que dá suporte ao seu criador, ou nos princípios que lhe devam estar subjacentes, tanto mais *eficiente* será essa regra". (COSTA, Eduardo José da Fonseca. "As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência", cit., p. 293.) Nessa linha, é difícil demarcar as áreas de incidência dos princípios da adequação – sobretudo a adequação teleológica – e da eficiência, que acabam por confundir-se. O próprio Eduardo José da Fonseca Costa entende que o postulado da eficiência opera sobre a criação de regras jurídicas ainda não existentes (cit., p. 293) – exatamente o que aqui se defende pelo nome de princípio da adequação. Essa é mais uma razão para relacionarmos a eficiência à economia processual.

Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. *Eficiente* é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo *pode ser efetivo sem ter sido eficiente* – atingiu-se o fim "realização do direito" de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas *jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo*: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo[75].

Estabelecidas as premissas, podemos, agora, visualizar algumas *aplicações do princípio da eficiência no processo*.

I) O dever de eficiência impõe-se na escolha do meio a ser utilizado para a execução da sentença (art. 536, §1º, CPC). O meio executivo deve promover a execução de modo satisfatório, nos termos mencionados acima.

II) O princípio da eficiência exerce uma função interpretativa. Os enunciados normativos da legislação processual devem ser interpretados de modo a observar a eficiência. Dispositivos relacionados à suspensão do processo, por exemplo, que impõem um limite temporal máximo para a suspensão (art. 313, §4º, CPC), devem ser interpretados com temperamento: em certas situações, o prosseguimento do processo, após o vencimento do prazo máximo de suspensão, é medida que pode revelar-se extremamente ineficiente, sob o ponto de vista da administração do processo.

III) Do princípio da eficiência pode-se extrair a permissão de o órgão jurisdicional estabelecer uma espécie de "conexão probatória" entre causas pendentes, de modo a unificar a atividade instrutória, como forma de redução de custos, mesmo que isso não implique a necessidade de julgamento simultâneo de todas elas.

Imagine-se o caso em que um mesmo fato é afirmado em várias causas pendentes – nocividade de um determinado produto, por exemplo –, que não podem ser reunidas para julgamento simultâneo, porque cada uma delas possui, ainda, suas próprias peculiaridades fáticas. Pode o órgão jurisdicional, neste caso, determinar uma perícia única, cujos custos seriam repartidos entre os sujeitos interessados de todos os processos.

IV) O princípio da eficiência é fundamento para que se permita a adoção, pelo órgão jurisdicional, de técnicas de gestão do processo, como o calendário processual (definição de uma agenda de atos processuais, com a prévia intimação de todos os sujeitos processuais de uma só vez; art. 191, CPC)[76], ou outros acordos processuais

75. Adotou esse nosso entendimento, expressamente, CUNHA, Leonardo Carneiro da. "A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233, p. 77.

76. Relacionando o calendário processual ao princípio da eficiência, MÜLLER, Julio. "Acordo processual e gestão compartilhada do procedimento". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código*

com as partes, em que se promovam certas alterações procedimentais, como a ampliação de prazos ou inversão da ordem de produção de provas.

V) O princípio da eficiência é fundamento para que se permita que o órgão jurisdicional organize os autos do processo, dividindo-os, por exemplo, em autos com a prova documental e autos com as postulações e decisões. A depender do volume da documentação, essa providência pode ser imprescindível para a condução eficiente de um processo.

2.9. Princípio da boa-fé processual

2.9.1. Generalidades

Os sujeitos processuais devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta ("boa-fé objetiva")[77]. Esse é o *princípio* da boa-fé processual, que se extrai do art. 5º do CPC: "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé".

> Nessa linha, ampliando a incidência do princípio da boa-fé processual a todos os sujeitos processuais, inclusive ao juiz, o art. 52 do Código de Processo Civil Suíço de 2009, fonte de inspiração do art. 5º do CPC brasileiro: "Art. 52. Comportamento secondo buona fede. Tutte le persone che partecipano al procedimento devono comportarsi secondo buona fede".

Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o *manifesto propósito protelatório*, apto a permitir a tutela provisória prevista no inciso I do art. 311 do CPC. A boa-fé *subjetiva* é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é *fato*, portanto. A boa-fé *objetiva* é uma *norma* de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe *princípio da boa-fé subjetiva*. O art. 5º do CPC não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé *objetivamente* considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções.

Na doutrina brasileira, não é comum a menção a uma "boa-fé objetiva processual".

---

de Processo Civil. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 154.

77. Sobre a boa fé como norma de conduta, amplamente, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 632 e segs.

Poucos doutrinadores brasileiros aproveitaram essa grande contribuição germânica (*Treu und Glauben,* a proteção objetiva da confiança e da lealdade) em seus estudos sobre o direito processual, que ainda se prendem a uma concepção subjetiva de boa-fé. Ignora-se toda produção doutrinária sobre boa-fé objetiva no direito privado e no direito público. Parece não ter havido "comunicação doutrinária interdisciplinar", o que é lamentável. Olvida-se, também, a doutrina europeia sobre a boa-fé objetiva no processo, principalmente os autores alemães e portugueses, citados ao longo do texto[78].

O *princípio da boa-fé* extrai-se de uma *cláusula geral processual*. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal[79]. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o art. 5º do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral[80].

Há, ainda, *regras de proteção à boa-fé*, que *concretizam* o princípio da boa-fé e compõem a modelagem do *devido processo legal* brasileiro. As normas sobre litigância de má-fé (arts. 79-81 do CPC) são um exemplo disso.

A consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. A jurisprudência alemã entendeu aplicável o § 242 do Código Civil alemão[81] (cláusula geral de boa-fé)

---

78. Cabe, então, mencionar alguns autores brasileiros que *expressamente* defendem a existência de uma "boa-fé processual objetiva": NORONHA, Fernando de. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, cit., p. 137; CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", cit., p. 76-78; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil,* cit., p. 95-96; ____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. 1, p. 173; VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, cit., p. 169 e segs.; GÓES, Gisele. "Defesa do devedor na execução de título extrajudicial: principiologia e técnicas processuais de efetividade". *A leitura*. Belém: Escola Superior da Magistratura, 2008, v. 1, p. 32-40; MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009, v. 1, p. 48-50; PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Núria Fabris, 2008; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 45; WAMBIER, Luiz Rodrigues. "Abuso do procedimento especial". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n.204, p. 58-60; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014; THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 159-213.

79. TARUFFO, Michele. "General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness", p. 6; JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'", cit., p. 370-371. Também reconhecendo a grande utilidade de uma *cláusula geral processual de boa-fé,* VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169 e segs.

80. Embora examinando o inciso II do art. 14 do CPC/1973, nesse sentido, também, LIMA, Alcides de Mendonça. "Abuso do direito de demandar". *Revista de processo*. São Paulo, n. 19, 1980, p. 61. Assim, também, CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 69.

81. § 242 do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch): "Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". ("O devedor está adstrito a realizar a

também ao direito processual civil[82] e penal[83]. De um modo geral, a doutrina seguiu o mesmo caminho[84]. Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do Direito, mesmo os "não civis"[85]. *Sempre que exista um vínculo jurídico*, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé[86]. Como acontece com qualquer relação jurídica, a boa-fé recai também sobre as relações processuais[87].

> A expansão ao processo civil não se deu sem obstáculos. Na própria Alemanha, no início do século XX, já se chegou a dizer que o direito processual impede qualquer apelo à boa-fé ou lealdade e os comportamentos processuais são "livres da moralidade"[88].
>
> Mesmo atualmente, há doutrinadores que cerram fileiras contra o princípio da boa-fé processual, que, segundo afirmam, possui traços autoritários[89].
>
> Segundo Juan Montero Aroca, processualista espanhol, a exigência de colaboração processual somente pode ser compreendida em um contexto ideológico que parte da premissa de que os cidadãos não têm direito a "pelear" por aquilo que acreditam que lhes é de direito e com todas as "armas" proporcionadas pelo ordenamento jurídico[90].
>
> O argumento não convence.
>
> Até na guerra a proteção da boa-fé objetiva se impõe. O Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, reputa crime de guerra (art. 8º, 2, "b", vi e vii) "provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo meios para

---

prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfego", de acordo com a tradução de CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 325). Há outra tradução, bastante conhecida no Brasil, de Souza Diniz: "O devedor está obrigado a executar a prestação como a boa fé, em atenção aos usos e costumes, o exige" (*Código Civil Alemão*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, p. 56)

82. "A sua natureza instrumental perante o Direito Civil e uma certa tradição literária de escrita sobre a boa fé em Processo terão facilitado a transposição". (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 375.)
83. O STF já decidiu que o processo penal *também* é regido pelo princípio da boa-fé, como forma de impedir comportamentos abusivos: STF, 2ª T., HC n. 92.012/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 10.6.2008.
84. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 376, especialmente a nota 437.
85. "Essa expansão é notável e denota a compleição da boa-fé não como um instituto jurídico comum, mas como factor cultural importante, ligado, de modo estreito, a um certo entendimento do jurídico". (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 371.)
86. LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general*. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea (trad.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 300.
87. CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*. José Casais y Santaló (trad.). Madrid: Réus, 2000, t. 2, p. 211; JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'". *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Palestra, 2006, v. 9, p. 366.
88. Sobre o tema, HESS, Burkhard. "Abuse of procedure in Germany and Áustria", cit., p. 155, inclusive as notas 28 e 29.
89. AROCA, Juan Montero. *Los princípios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valência: Tirant lo blanch, 2001, p. 106-108.
90. AROCA, Juan Montero. *Los princípios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 108.

se defender, se tenha incondicionalmente rendido e utilizar indevidamente uma bandeira de tréguas, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves". São, como se vê, condutas abusivas, que ferem a ética da guerra. Hastear "bandeira branca", incentivando o avanço das tropas adversárias direto para uma emboscada, é *venire contra factum proprium*, conduta intolerável mesmo na guerra. A leitura do rol dos crimes de guerra previsto neste artigo revela, com alguma facilidade, a preocupação com a preservação e o incentivo à boa-fé e à cooperação em períodos de guerra.

Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda que apenas metaforicamente, de modo civilizado e sob supervisão do juiz, as partes "guerreiam" por seus interesses?

Ademais, como afirma Leonardo Greco, "bem aplicado, esse princípio... serve com certeza mais adequadamente ao processo liberal"[91], pois serve à proteção dos direitos subjetivos dos litigantes, "pois a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade"[92].

2.9.2. Fundamento constitucional do princípio da boa-fé processual

É preciso encontrar o fundamento *constitucional* do princípio da boa-fé processual.

Mesmo que não houvesse texto normativo expresso na legislação infraconstitucional, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais. A exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais.

Há quem veja no inciso I do art. 3º da CF/1988 o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva[93]. É objetivo da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Haveria um *dever fundamental de solidariedade*, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade. Nesta mesma linha de raciocínio, há quem veja a cláusula geral de boa-fé como concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988)[94].

91. GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 164, p. 49.
92. GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil", cit., p. 52.
93. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 163.
94. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 186 e segs.; NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 224-274.

Para Menezes Cordeiro, por exemplo, a exigência de atuação de acordo com a boa-fé decorre do direito fundamental à *igualdade*: "a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser vista se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual"[95].

Antônio do Passo Cabral entende que o fundamento da *boa-fé objetiva processual* é o princípio do contraditório, que não é apenas fonte de direitos processuais, mas também de deveres. O contraditório não serve apenas para dar aos litigantes o direito de poder influenciar na decisão, mas também "tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição"[96]. O direito ao contraditório não pode ser exercido ilimitadamente: o respeito à boa-fé objetiva é exatamente um desses limites.

Para Joan Pico i Junoy, o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do *devido processo legal*, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva[97], do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias ("processo devido"). Cria, para tanto, eloquente expressão: o *devido processo leal*[98].

O Supremo Tribunal Federal segue também essa linha de argumentação, de maneira ainda mais incisiva: a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé[99]. A transcrição do trecho da fundamentação é necessária:

> "O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.
>
> A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos

95. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa 'in agendo'*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 51. Assim, também, do mesmo autor, mais longamente, *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1.271 e segs.

96. CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", cit., p. 63. Assim, também, VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, cit., p. 172.

97. "...la efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho em otros términos, la mala fé procesal puede ponder em peligro el otorgamiento de uma efectiva tutela judicial..." (JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'", cit., p. 346.)

98. JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'", cit., p. 345 e segs.

99. STF, 2ª T., RE n. 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006. Com fundamentação semelhante, STF, 2ª T., AI n. 529.733-1-RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.10.2006, publicado no DJ de 01.12.2006. Repercutiu e aplaudiu essas decisões, mais recentemente, MACÊDO, Lucas Buril de. "A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça", cit., p. 395-396.

> direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos".

O STF confirma que a exigência de comportamento segundo a boa-fé atinge a *todos* os sujeitos processuais, e não apenas às partes:

> "Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça".

Todas essas opções são dogmaticamente corretas. Adota-se a do STF, principalmente em razão de um aspecto prático: a caracterização do devido processo legal como uma cláusula geral é pacífica, muito bem construída doutrinariamente e aceita pela jurisprudência.

É com base nesta garantia que, no direito estadunidense, se construiu o dever de boa-fé processual como conteúdo da garantia do *fair trial*. A referência ao *due process of law* como fundamento para reprimir os comportamentos temerários é frequente nos países do *common law*. Em tais países, a cláusula geral do devido processo legal é diretamente aplicada pelas cortes como um padrão geral para a avaliação de práticas processuais inadequadas[100].

É mais fácil, portanto, a argumentação da existência de um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, convenhamos, o processo para ser *devido* (*giusto*, como dizem os italianos, *equitativo*, como dizem os portugueses) precisa ser ético e leal.

Não se poderia considerara *justo* um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos.

2.9.3. Destinatário da norma

Note que o destinatário da norma é "aquele que de qualquer forma participa do processo" (art. 5º, CPC), o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também

100. HAZARD Jr., Geoffrey C. "Abuse of procedural rights: a summary view of the common law systems". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 38; HAZARD Jr., Geoffrey C. "Abuse of procedural rights: report for the United States". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 43; TARUFFO, Michele. "General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness", *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 7.

o órgão jurisdicional[101]. A observação é importante, pois parte dos trabalhos doutrinários sobre a boa-fé processual restringe a abrangência do princípio às partes[102].

A vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança.

2.9.4. Concretização do princípio da boa-fé processual

A doutrina alemã agrupou quatro casos de aplicação da boa fé objetiva ao processo[103].

a) Proibição de criar[104] dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má-fé. O dolo processual é conduta ilícita, por conta da incidência do princípio da boa-fé. Mas há regras expressas que concretizam isso, por exemplo: o requerimento doloso da citação por edital (art. 258), a litigância de má-fé (art. 80, CPC)[105] e a atuação dolosa do órgão jurisdicional (art. 143, I).

b) A proibição de *venire contra factum proprium*[106]. Trata-se de proibição de exercício de uma situação jurídica em desconformidade com um comportamento anterior que gerou no outro uma expectativa legítima de manutenção da coerência.

---

101. O STF já reconheceu expressamente a vinculação do órgão jurisdicional ao princípio da boa-fé processual (STF, HC 101.132. ED/MA, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Informativo do STF n. 665, 7-12 de maio de 2012). No mesmo sentido é o posicionamento do STJ: STJ, 4ª T., AgRg no AREsp n. 91.311-DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 6.12.2012, publicado no informativo 511; STJ, 2ª T., REsp n. 1.306.463/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 04.09.2012, publicado no DJe de 11.09.2012. Assim, também, TARUFFO, Michele. "General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 19; HESS, Burkhard. "Abuse of procedure in Germany and Áustria". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*.Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 156.

102. Por exemplo, o monografista do tema JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'". *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Palestra, 2006, v. 9, p. 341; MILMAN, Fábio. *Improbidade processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 81 e segs; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 177-178; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 84-85.

103. BAUMGÄRTEL, Gottfried. "Treu und Glauben im Zivilprozess". *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1973, n. 86, Heft 3, p. 355; ZEISS, Walter. *El dolo procesal: aporte a le precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico*. Tomas A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, *passim*; HESS, Burkhard. "Abuse of procedure in Germany and Áustria", cit., p. 153-154.

104. "*Das Verbot zu schafen*", no texto original BAUMGÄRTEL, Gottfried. "Treu und Glauben im Zivilprozess". *Zeitschrift für Zivilprozess*, cit., p. 355.

105. É importante registrar, especificamente para a aplicação do art. 80 do CPC, que nem todos os casos de litigância de má-fé ali previstos exigem a "má-fé subjetiva"; há casos em que a "má-fé" é examinada objetivamente, como nos casos dos incisos V, VI, VII e VIII do mesmo artigo. Advertindo sobre esse aspecto, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 26. Trata-se de um dado relevante para confirmar a existência de uma cláusula geral de proteção da boa-fé objetiva.

106. "*Das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens*", no original, BAUMGÄRTEL, Gottfried. "Treu und Glauben im Zivilprozess". *Zeitschrift für Zivilprozess*, cit. p. 355.

A doutrina costuma enumerar os seguintes pressupostos para a configuração do *venire contra factum proprium* como comportamento ilícito: a) existência de duas condutas de uma mesma pessoa, sendo que a segunda contraria a primeira; b) haja identidade de partes, ainda que por vínculo de sucessão ou representação; *c)* a situação contraditória se produza em uma mesma situação jurídica ou entre situações jurídicas estreitamente coligadas; *d)* a primeira conduta (*factum proprium*) tenha um significado social minimamente unívoco, a ser averiguado segundo as circunstâncias do caso; *e)* que o *factum proprium* seja suscetível de criar fundada confiança na parte que alega o prejuízo, confiança essa que será averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé ou o fim econômico-social do negócio[107].

Como exemplo de aplicação da proibição de *venire contra factum proprium* no processo civil: recorrer contra uma decisão que se aceitara (art. 1.000 do CPC) ou pedir a invalidação de ato a cujo defeito deu causa (art. 276 do CPC brasileiro), ou a impugnação da legitimidade ativa, já aceita em processo anterior[108].

Nesses casos, temos concretizações típicas da proibição de comportamento contraditório. O princípio da boa-fé, no entanto, proíbe *atipicamente* o comportamento contraditório, que, assim, passa a ser um *ilícito processual atípico.*

c) A proibição de abuso de direitos processuais[109]. O abuso do direito é conduta ilícita; o abuso de um direito processual também. Qualquer abuso do direito no processo é proibido pela incidência do princípio da boa-fé processual.

Como, por exemplo, o *abuso do direito de defesa*, que pode autorizar a tutela provisória de evidência (art. 311, I, CPC brasileiro), o abuso na escolha do meio executivo (art. 805, CPC), ou o *abuso do direito de recorrer*, que é hipótese expressa de litigância de má-fé (art. 80, VII, CPC brasileiro).

Nesses casos, temos concretizações típicas de abuso de direito processual. O princípio da boa-fé, no entanto, proíbe *atipicamente* qualquer abuso de direito processual, que, assim, passa a ser um *ilícito processual atípico.*

d) Verwirkung (*supressio*, de acordo com a sugestão consagrada de Menezes Cordeiro): perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido.

---

107. MARTINS-COSTA, Judith. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 110.

108. JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'". *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Palestra, 2006, v. 9, p. 357.

109. "*Der Missbrauch prozessualer Befugnisse*", no original, BAUMGÄRTEL, Gottfried. "Treu und Glauben im Zivilprozess". *Zeitschrift für Zivilprozess*, cit., p. 355.

A *supressio* é a perda de uma situação jurídica ativa, pelo *não* exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida[110]; o exercício tardio seria contrário à boa-fé[111] e abusivo. A *suppressio* é efeito jurídico cujo fato jurídico correspondente tem como pressuposto o não exercício de um direito e a situação de confiança da outra parte.

Dois exemplos de *supressio processual*: a) perda do poder do juiz de examinar a admissibilidade do processo, após anos de tramitação regular, sem que ninguém houvesse suscitado a questão; b) perda do direito da parte de alegar nulidade, em razão do lapso de tempo transcorrido, que fez surgir a confiança de que não mais alegaria a nulidade.

É fácil constatar que o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do "abuso do direito" processual[112] (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre boa-fé processual objetiva e subjetiva. Mas ressalte-se: o princípio é o da boa-fé processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir *com* má-fé.

> Perceba que a correta compreensão das repercussões da boa-fé objetiva no direito processual exige do profissional o conhecimento da evolução do tema no direito civil, principalmente da teoria do abuso do direito, do exercício inadmissível das posições jurídicas: *venire contra factum proprium, supressio, surrectio, tu quoque* etc.

É possível, porém, identificar *ao menos mais três aplicações do princípio da boa-fé* processual.

O princípio da boa-fé impõe *deveres de cooperação* entre os sujeitos do processo. A importância desses deveres é, atualmente, tão grande, que convém separar o seu estudo, dando-lhe um item próprio adiante.

A negociação processual, seja aquela relativa ao litígio, seja aquela que tem por objeto as normas e situações jurídicas processuais (art. 190 do CPC), deve observar o princípio da boa-fé processual (aplicação ao processo do art. 422 do Código Civil).

---

110. "la giustificata aspettativa che il diritto stesso non sarebbe più stato fatto valere". (RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*. Padova: CEDAM, 1971, p. 1.)

111. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 797.

112. Sobre a relação entre boa-fé e abuso do direito, mais uma vez CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 861-902.

O princípio da boa-fé ainda exerce uma função hermenêutica: a decisão judicial e as postulações devem ser interpretadas de acordo com este princípio (art. 489, §3º, e art. 322, §2º, CPC, respectivamente). O tema será examinado com mais vagar no capítulo sobre petição inicial, neste volume, e sobre decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*.

2.10. Princípio da efetividade

Da cláusula geral do *devido processo legal* podem ser extraídos todos os princípios que regem o direito processual, conforme visto.

Dela também se extrai o *princípio da efetividade*: os direitos devem ser, além de reconhecidos, *efetivados*. *Processo devido é processo efetivo*. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste "na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva"[113].

O art. 4º do CPC, embora em nível infraconstitucional, reforça esse princípio como norma fundamental do processo civil brasileiro, ao incluir o *direito à atividade satisfativa*, que é o *direito à execução*: "Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

Esse posicionamento é reforçado pela compreensão atual do chamado "princípio da inafastabilidade" (examinado no capítulo sobre jurisdição, neste volume do *Curso*), que, conforme célebre lição de Kazuo Watanabe, deve ser entendido não como uma garantia formal, uma garantia de pura e simplesmente "bater às portas do Poder Judiciário", mas, sim, como uma garantia de "acesso à ordem jurídica justa", consubstanciada em uma prestação jurisdicional tempestiva, adequada, eficiente e efetiva. "O direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito"[114]. Também se pode retirar o direito fundamental à efetividade desse princípio constitucional, do qual seria corolário.

Segundo Marcelo Lima Guerra, o direito fundamental à tutela executiva exige um sistema de tutela jurisdicional "capaz de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva"[115]. Mais concretamente, signi-

113. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 102.
114. MARINONI, Luiz Guilherme. "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 303.
115. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003*, p. 102-103.

fica: a) a interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar como forma de proteção a outro direito fundamental; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva[116].

Partir da premissa de que existe um *direito fundamental à tutela executiva* é indispensável para a solução de diversos problemas oriundos do procedimento executivo, principalmente aqueles relacionados à aplicação das regras de proteção do executado, com as hipóteses de impenhorabilidade (ver, sobre o assunto, o volume 5 deste *Curso*).

2.11. Princípio da adequação (legal, jurisdicional e negocial) do processo

2.11.1. Generalidades

O *princípio da adequação* pode ser visualizado em três dimensões: a) *legislativa*, como informador da produção legislativa das regras processuais; b) *jurisdicional*, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida; *c) negocial*: o procedimento é adequado pelas próprias partes, negocialmente. No segundo e no terceiro casos, a adequação é feita *in concreto*, em um determinado processo; há quem prefira, assim, designar o fenômeno de *adaptabilidade, flexibilidade* ou *elasticidade do processo*.

Inicialmente, a própria construção legislativa do processo deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as peculiaridades do seu objeto; o legislador deve atentar para essas circunstâncias, pois um processo inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas à estruturação do procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar esse fenômeno[117].

O princípio da inafastabilidade da jurisdição (estudado no capítulo sobre jurisdição, neste volume do *Curso*) garante uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação litigiosa.[118] Do princípio da inafastabilidade, é possível retirar o princípio da adequação. Também é possível retirá-lo do direito fundamental a um processo devido: proces-

116. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 103-104.
117. A respeito da relação entre tutela jurisdicional e procedimento, YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.
118. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do processo civil*, ob. cit., p. 204.

so devido é processo adequado.[119] Lembre-se que o devido processo legal é uma cláusula geral, de onde se podem retirar outros princípios, tal como o da adequação.

Há quem entenda, ainda, que o princípio da adequação decorre do princípio da efetividade, também esse corolário do devido processo legal. É como afirma Marinoni, visualizando a adequação como imposição do direito fundamental à efetividade: "A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial"[120].

O titular do direito litigioso precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta a criação de um procedimento adequado às particularidades da situação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional[121].

É possível dizer, com Galeno de Lacerda, que o princípio da adequação é o que justifica a existência de uma Teoria Geral do Processo: sabendo-se que as regras processuais devem ser adequadas àquilo a que servirão de meio de tutela, será possível aceitar a existência de uma série de conceitos que devem ser utilizados para a compreensão de qualquer fenômeno processual (seja ele jurisdicional, legislativo, administrativo ou privado).

2.11.2. Critérios de adequação

A adequação do processo apresenta-se, segundo Galeno Lacerda, sob três aspectos: subjetivo, objetivo e teleológico, que não se entrelaçam[122].

O processo há de ser adequado aos sujeitos processuais. As regras processuais hão, pois, de serem adequadas àqueles que vão participar do processo. *Esta é a adequação subjetiva do processo.*

Eis algumas *regras de adequação subjetiva do processo*: *a)* intervenção obrigatória do Ministério Público nos processos que envolvam interesse de incapaz

119. Nesse sentido, também fazendo referência à inafastabilidade do controle jurisdicional: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 83.

120. MARINONI, Luiz Guilherme. "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 304.

121. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 214.

122. "Instrumento é conceito relativo, que pressupõe um ou mais sujeitos-agentes, um objeto sobre o qual, mediante aquele, atua o agir, e uma finalidade que condiciona a ação." (LACERDA, Galeno. *O Código como Sistema Legal de adequação do processo*, p. 164).

(art. 178, II, CPC); *b)* diferenciação de regras de competência (domicílio do alimentando, art. 53, II, CPC; entes públicos federais, art. 109, I, CF/1988); *c)* incapacidade processual para litigar em certos procedimentos (art. 8º, Lei n. 9.099/1995); *d)* prazos especiais para entes públicos (art. 183, CPC) etc.

A *adequação teleológica* do procedimento faz-se de acordo com os diversos objetivos a que ele visa alcançar. "Claro está que o processo de conhecimento, porque visa à definição do direito, requer atos e rito distintos daqueles exigidos para a execução, onde se cuida da realização coativa do direito declarado, ou para o processo cautelar, que busca a segurança do interesse em lide".[123] Há adequação teleológica também quando o procedimento é adaptado aos objetivos preponderantes em cada caso. Assim, por exemplo, o procedimento dos Juizados Especiais é adequado aos propósitos da duração razoável do processo e da efetividade, que presidiram a sua criação.

Três são, basicamente, os critérios *objetivos* de que se vale o legislador para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento: um, a natureza do direito litigioso, cuja relevância impõe uma modalidade de tutela diferenciada; o segundo, a evidência como se apresenta o direito material no processo; o terceiro, a situação processual da urgência.

São exemplos do primeiro critério de adequação objetiva alguns procedimentos especiais, criados para a tutela de determinadas situações litigiosas: as ações possessórias, a ação de alimentos e a busca e apreensão em alienação fiduciária.

A indisponibilidade do direito é fator levado em consideração para a diferenciação procedimental. Galeno Lacerda, ao analisar esta adequação objetiva, assim se manifesta: "Interessante é observar como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico material, influi necessariamente nas regras de processo. As repercussões dessa gradação nos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas como o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres processuais das partes, os efeitos da aquiescência, a natureza da preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas, a substituição e a sucessão no processo, e tanto outros".[124]

A tutela diferenciada da evidência é aquela em que regras processuais são adaptadas, tendo em vista a alta probabilidade de o direito afirmado existir. É preciso tutelar o direito evidente de modo distinto. São exemplos de adequações objetivas que levam em consideração esse critério: a criação dos procedimentos

123. LACERDA, Galeno. *O Código como Sistema Legal de adequação do processo*, p. 166-167.
124. LACERDA, Galeno. *O Código como Sistema Legal de adequação do processo*, p. 165.

especiais do mandado de segurança (Lei n. 12.016/2009) e da ação monitória (arts. 700 e segs., CPC) e a possibilidade de tutela provisória da evidência (art. 311, CPC; art. 562, CPC; art. 59, §1º, Lei n. 8.245/1991).

Ainda é possível adequar objetivamente o processo às situações de urgência (perigo), como se faz ao autorizar-se a tutela provisória de urgência (arts. 300-310, CPC).

2.11.3. Adequação jurisdicional do processo

Não basta, no entanto, a adequação *legislativa* do processo, que é sempre prévia e feita em abstrato.

É preciso que o processo seja adequado também *in concreto*. A adequação, nesse caso, é dever do órgão jurisdicional, que deve observar os mesmos critérios de adequação. Eis que aparece o princípio da *adaptabilidade*, *elasticidade* ou *adequação judicial* do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.

Nada impede que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material.

Há diversos exemplos: a) o inciso VI do art. 139 do CPC expressamente autoriza que o juiz dilate os prazos processuais e altere a ordem de produção de provas, tendo em vista as peculiaridades do conflito; *b)* possibilidade de redistribuição do ônus da prova (art. 373, §1º, CPC); *c)* o julgamento antecipado do mérito, em que se pode abreviar o rito processual, com a supressão de uma de suas fases (arts. 355-356, CPC); *d)* a não realização da audiência de tentativa de autocomposição, se o litígio não admitir autocomposição (art. 334, §4º, II, CPC); *e)* as variantes procedimentais previstas na Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965, arts. 7º e segs.); *f)* a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de certos parâmetros (art. 970, CPC); *g)* adequação do processo em jurisdição voluntária (art. 723, par. ún., CPC) etc.

> Um exemplo de aplicação do art. 139, VI, CPC. O prazo de defesa no procedimento comum é de quinze dias. Entende-se que esse é o prazo adequado para elaboração da defesa pelo réu. Imagine, porém, que a petição inicial venha acompanhada de dez volumes de documentos (dois mil documentos, mais ou menos). Esse prazo revelar-se-á, *naquele caso*, como inadequado. Permite-se que o magistrado *dilate* o prazo de defesa, permitindo a efetivação do direito

fundamental a um processo adequado à apresentação da defesa pelo demandando[125].

O enunciado n. 107 do Fórum Permanente de Processualistas Civis segue essa mesma linha: "O juiz pode, de ofício, dilatar o prazo para a parte se manifestar sobre a prova documental produzida".

Sucede que "a autorização legal para ampliação de prazos pelo juiz não se presta a afastar preclusão temporal já consumada" (enunciado n. 129 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Mas o princípio da adequação do processo pode atuar *diretamente*, sem a intermediação de que regras que o concretizem.

Permite-se ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não previr o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental)[126].

Se a adequação do procedimento é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto[127], que impede, por exemplo, a efetivação de um direito fundamental (à defesa, à prova, à efetividade etc.).

Como examinado em item anterior, a parte final do art. 7º do CPC impõe ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório; esse dever se cumpre exatamente com a promoção de adequação procedimental feita pelo juiz.

É como afirma Humberto Ávila, referindo ao devido processo legal, do qual, é preciso lembrar, se extrai o princípio da adequação: "No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são

125. Assim, considerando a "função bloqueadora" dos princípios, "porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido", ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 98. Assim, também, o art. 486º, n. 4 e 5, do CPC português, que preveem regras que articulam o princípio da adequação judicial: "4. Ao Ministério Público é concedida a prorrogação do prazo quando careça de informações que não possa obter dentro dele ou quando tenha de aguardar resposta a consulta feita a instância superior; o pedido deve ser fundamentado e a prorrogação não pode, em caso algum, ir além de 30 dias. 5. Quando o tribunal considere que ocorre motivo ponderoso que impeça ou dificulte anormalmente ao réu ou ao seu mandatário judicial a organização da defesa, poderá, a requerimento deste e sem prévia audição da parte contrária, prorrogar o prazo da contestação, até ao limite máximo de 30 dias".

126. Encampando essa ideia e a desenvolvendo, OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial – a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

127. Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

necessárias –, elas deverão ser garantidas com base no princípio do devido processo legal"[128].

A flexibilidade do procedimento às exigências da causa é, então, fundamental para que se mais facilmente atinjam os fins do processo. Essa visão se coaduna com técnicas de gerenciamento processual que vêm sendo implantadas na Europa, sobretudo em França e na Inglaterra[129].

> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sugeria, para uma reforma legislativa, o estabelecimento do princípio da adaptabilidade (que ele denominava de princípio da adequação formal, seguindo a terminologia do CPC Português, que contém enunciado expresso nesse sentido[130]) como princípio geral do processo, uma espécie de *cláusula geral de adequação do processo,* "facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo"[131].
>
> Essa proposta foi encaminhada pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do CPC. O Senado e a Câmara rejeitaram a ideia, reduzindo-a à hipótese do inciso VI do art. 139, CPC.
>
> Muito interessante, para fins de comparação, o disposto nas *Civil Procedure Rules* britânicas (1.1, (2), c), que impõem ao órgão jurisdicional o dever de adaptar o processo, tanto quanto isso seja possível, de acordo o valor discutido (1.1, (2), c, i), a relevância da causa (1.1, (2), c, ii), a complexidade das questões (1.1, (2), c, iii) e a condição econômica de cada parte (1.1, (2), c, iv).

A adequação jurisdicional do processo deve ser precedida de uma intimação às partes, para preservar o contraditório e respeitar o modelo cooperativo de processo. As partes não podem ser surpreendidas com mudanças do procedimento, sem que se lhes dê a chance de se adaptarem a elas, alterando, se for o caso, as suas estratégias processuais.

---

128. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 5 ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006, p. 97.
129. ANDRADE, Érico. "As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2011, n. 193, p. 176 e segs.
130. Art. 547, do CPC de Portugal: "O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo".
131. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e Processo de Conhecimento". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 66.

2.11.4. Adequação negocial do processo

Finalmente, a adequação *negocial* do processo deriva de negócios processuais celebrados pelos sujeitos processuais, ora as partes apenas, ora incluindo o órgão jurisdicional.

O tema será examinado em dois momentos: neste capítulo, no item sobre o princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo e no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais.

2.12. Princípio da cooperação e o modelo do processo civil brasileiro

2.12.1. Nota introdutória

Há diversos modelos de direito processual. Todos eles podem ser considerados em *conformidade* com o princípio do devido processo legal. Tudo vai depender do que se entende por *devido processo legal*, que, como visto, por se tratar de cláusula geral, é texto cujo conteúdo normativo variará sobremaneira a depender do espaço e do tempo em que seja aplicado.

A doutrina costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo. Identificamos um terceiro modelo: o processo cooperativo.

Vamos examinar cada um deles.

2.12.2. "Princípios" dispositivo e inquisitivo. Modelos tradicionais de organização do processo: adversarial e inquisitorial

A organização do processo não prescinde de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais. Cada um deles exerce um papel, mais ou menos relevante, na instauração, no desenvolvimento e na conclusão do processo.

A doutrina costuma identificar dois *modelos* de estruturação do processo: o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitorial*. Não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia,[132] a dicotomia ainda continua sendo bastante utilizada e serve, assim, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema.

132. Sobre os problemas desta dicotomia, DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 3 e segs; CHASE, Oscar G. "A 'excepcionalidade' americana e o direito processual comparado". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 110, p. 122.

Em suma, o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é decidir o caso[133]. O modelo *inquisitorial* (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo[134].

> A divisão do "trabalho" processual é tema clássico e dos mais importantes. Como afirma Barbosa Moreira, "falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da 'divisão de trabalho' entre o órgão judicial e as partes. (...) Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados".[135]

Fala-se que, no modelo *adversarial*, prepondera o *princípio dispositivo*, e, no modelo *inquisitorial*, o *princípio inquisitivo*.

Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de "espécie normativa", mas, sim, de "fundamento", "orientação preponderante" etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e à instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípio dispositivo*; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o *princípio*

133. JOLOWICZ, J. A. "Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation". *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 177.

134. DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*, cit., p. 3. No original: "The adversarial mode of proceeding takes its shape from a contest or a dispute: it unfolds as an engagement of two adversaries before a relatively passive decision maker whose principal duty is to reach a verdict. The nonadversarial mode is structured as an official inquiry. Under the first system, the two adversaries take charge of most procedural action; under the second, officials perform most activities".

135. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo". *Temas de direito processual civil* – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.

inquisitivo o processo será. A dicotomia *princípio inquisitivo-princípio dispositivo* está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de "inquisitividade"; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a "dispositividade".

Já se pretendeu distinguir o processo penal e o processo civil exatamente pelo conjunto de poderes atribuídos ao magistrado, inicialmente mais intenso naquele do que nesse[136].

Também haja quem relacione o processo *adversarial* ao *common law* e o processo inquisitivo ao *civil law*. Como primeiro passo, a relação é correta, mas não devem ser ignoradas as profundas influências recíprocas que esses sistemas vêm causando um no outro, a ponto de a diferenciação entre eles ficar cada vez mais difícil.

A "dispositividade" e a "inquisitividade" podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc.

Nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o "princípio dispositivo" e, em relação ao outro, o "princípio inquisitivo".

Por exemplo: no direito processual civil brasileiro, a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional) são, em regra, atribuições da parte (arts. 2º, 141 e 492, CPC). Já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio* (art. 370 do CPC).

> Convém transcrever o pensamento de Barbosa Moreira: "fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração".[137]

Difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da *dispositividade* ou da *inquisitoriedade* que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações

136. Atualmente, uma tal distinção não se justifica. Ver, por todos, o excelente trabalho de MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Processo civil e processo penal: mão e contramão?". *Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201-215.

137. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reformas processuais e poderes do juiz". *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*[138]. Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente *dispositivo* ou *inquisitivo*. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc. À medida que esses assuntos forem sendo examinados neste *Curso*, ficará demonstrado se prepondera o "princípio dispositivo" ou o "princípio inquisitivo". No conjunto, há bastante equilíbrio – por isso, entendemos que o modelo brasileiro é o *cooperativo*, examinado abaixo.

É fundamental visualizar o problema, enfim, sob dois aspectos: a) propositura da demanda: delimitação do objeto litigioso do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso etc. No primeiro aspecto, há uma dimensão substancial da *dispositividade/inquisitividade*; no segundo, uma dimensão *processual* do tema.

Barbosa Moreira e Bedaque defendem outra acepção do princípio dispositivo: é "preferível que a denominação *princípio dispositivo* seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). (...) Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual".[139-140]

Os autores, como se pode constatar, pretendem dar ao *princípio dispositivo/inquisitivo* uma dimensão substancial, pois o relacionam à situação jurídica discutida: se disponível, processo dispositivo; se indisponível, processo inquisitivo.

Note-se, porém, que, independentemente da natureza do direito discutido, persiste a necessidade de iniciativa da parte para dar início ao processo. No entanto, tem alguma relevância a natureza do direito no que se refere à iniciativa oficial de produção de provas (art. 370 do CPC), conforme será examinado no capítulo sobre teoria da prova e parte geral do Direito probatório, no v. 2 deste *Curso*.

> Flávio Yarshell[141] entende que, ao menos no processo jurisdicional estatal societário, o modelo a ser seguido é o dispositivo. Para o autor, o processo societário deve seguir o modelo do processo arbitral. Não haveria razão para uma participação mais ativa do juiz em processos que envolvam interesses eminentemente empresariais.

Para encerrar este item, há uma última ponderação.

---

138. JOLOWICZ, J. A. "Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation", cit., p. 175-176.
139. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reformas processuais e poderes do juiz". *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
140. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 90.
141. Palestra apresentada nas IX Jornadas Brasileiras de Direito Processual, em 29.08.2012, Rio de Janeiro.

A doutrina costuma relacionar o modelo *adversarial-dispositivo* a regimes não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo *inquisitivo* a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina.

A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais influenciam a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário.

> É desse contexto que surge uma doutrina denominada de *garantismo processual*, que tem por objetivo *proteger* o cidadão dos abusos do Estado, caracterizados, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz. Há ardorosos defensores desta concepção, destacando-se Juan Montero Aroca (Espanha), Luis Correia de Mendonça (Portugal) e Franco Cipriani (Itália)[142]. Esse pensamento já foi denominada no Brasil de "neoprivatismo processual"[143].
>
> Para essa corrente, a própria discussão sobre a boa-fé no processo revela traços autoritários[144]. Há evidente exagero. Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda que apenas metaforicamente, de modo civilizado e sob supervisão do juiz, as partes "guerreiam" por seus interesses? Ademais, como afirma Leonardo Greco, "bem aplicado, esse princípio... serve com certeza mais adequadamente ao processo liberal"[145], pois serve à proteção dos direitos subjetivos dos litigantes, "pois a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade"[146].

2.12.3. Processo cooperativo: um terceiro modelo de organização do processo. Princípios e regras de cooperação. Eficácia do princípio da cooperação

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o

142. Sobre essa concepção, amplamente, consultar a coletânea AROCA, Juan M. (org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

143. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O neoprivatismo no processo civil". *Leituras complementares de Processo civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 309-320.

144. AROCA, Juan Montero. *Los princípios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valência: Tirant lo blanch, 2001, p. 106-108; MENDONÇA, Luís Correia de. "O vírus autoritário". *Julgar*. Lisboa: Associação sindical dos juízes portugueses, 2007, n. 1, p. 86 e segs.

145. GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 164, p. 49. Ver, a propósito, mais recentemente, contundente ensaio demonstrando a impropriedade da relação entre autoritarismo e proteção da boa-fé processual, PICÓ I JUNOY, Joan. "La buona fede processuale: una manifestazione dell´autoritarismo giurisdizionale?". *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 2013, p. 171 e segs.

146. GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil", cit., p. 52.

princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro.

O art. 6º do CPC o consagrou expressamente: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes[147]. O contraditório é valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deve ser observada para que a decisão seja válida[148].

A condução do processo deixa de ser *determinada* pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição *assimétrica* em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo[149], sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais.

O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia. Dierle José Coelho Nunes, que fala em *modelo comparticipativo de processo* como técnica de construção de um processo civil *democrático* em conformidade com a Constituição, afirma que "a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e comparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo"[150].

Disso surgem deveres de conduta para as partes e para o órgão jurisdicional[151], que assume uma "dupla posição": "mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual", e "assimétrico" no momento da decisão[152]; não conduz o

147. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". *Garantias* Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, p. 139-140.

148. Sobre esse papel do princípio do contraditório, neste contexto histórico, muito oportuna a leitura de MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 89-90.

149. "Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles [sujeitos processuais]: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda *se justifica pela complexidade da vida atual*". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo", cit., p. 27, texto entre colchetes e grifo acrescentados.) O autor também defende a existência deste novo modelo de direito processual (cit., p. 28).

150. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215. Neste mesmo sentido, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*, cit., p. 60-61.

151. GREGER, Reinhard. "Cooperação como princípio processual". Ronaldo Kochen (trad.). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 125.

152. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 102-103.

processo *ignorando* ou *minimizando* o papel das partes na "divisão do trabalho"[153], mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio. A cooperação, corretamente compreendida, em vez de "determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que essas dele participem"[154].

No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem *com* o juiz; trata-se de *função* que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e a do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder. Em um processo autoritário/inquisitorial, há essa assimetria *também* na condução do processo[155].

> *Assimetria*, aqui, não significa que o órgão jurisdicional está em uma posição processual composta apenas por *poderes processuais*, distinta da posição processual das partes, recheadas de *ônus* e *deveres*. Os princípios do *devido processo legal* e do Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou *deveres-poderes*, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório, como já se disse. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo[156]. Assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo.

O modelo cooperativo é, enfim, uma terceira espécie, que transcende os tradicionais modelos *adversarial* e inquisitivo[157].

Eis o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático.

Mas é preciso compreender qual é a eficácia normativa deste princípio.

---

153. Expressão consagrada em doutrina: JOLOWICZ, J. A. "Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation". *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 182; MOREIRA, José Carlos Barbosa "O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, 4ª série, p. 35-44.

154. GREGER, Reinhard. "Cooperação como princípio processual". Ronaldo Kochen (trad.). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 125.

155. "No modelo assimétrico, todavia, o magistrado passa a gozar de amplos poderes de condução do processo, assumindo em definitivo a sua direção" (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 98).

156. Assim, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 198-199.

157. CADIET, Loïc. "Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia". *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 18, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.

Para tanto, é preciso lembrar o quanto se disse no capítulo introdutório deste *Curso*: o processo é um feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções. É por isso que o art. 6º do CPC determina que todos os sujeitos processuais devem cooperar *entre si*. Os deveres de cooperação são conteúdo de *todas* as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação.

Vamos adiante.

O princípio da cooperação atua *diretamente*, imputando aos sujeitos do processo deveres. Assim, são ilícitas as condutas contrárias à obtenção do "estado de coisas" (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

Essa eficácia normativa *independe* da existência de *regras jurídicas* expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação deste dever ao magistrado. Ao *integrar* o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo).

Repita-se: o princípio da cooperação torna *devidos* os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.

O mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. *O dever de cooperação é um deles*. Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de *esclarecimento, lealdade* e de *proteção*[158]. Essa sistematização pode ser aproveitada para a compreensão do conteúdo dogmático do princípio da cooperação processual[159].

Vejamos algumas manifestações desses deveres em relação às partes: a) *dever de esclarecimento:* os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e

158. CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 604; VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 405.

159. O diálogo ("conceptual cross-conections") entre as teorias é um dos critérios apresentados por Peczenik para identificar a coerência (e, assim, a consistência) de uma concepção teórica:"when using a theory to justify a statement, one should see to it that the theory is expressed in as many concepts similar to those used in other theories as possible" (PECZENIK, Alexsander. *On law and reason*. 2ª ed. Springer, 2008, p. 143). Neste caso, parece fundamental dialogar com o que foi construído pela ciência do Direito privado em torno da cooperação.

coerência, sob pena de inépcia; b) *dever de lealdade:* as partes não podem litigar de má-fé (arts. 79-81 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, art. 77, VI, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 520, I, e 776, CPC).

Mas também em *relação ao órgão jurisdicional* é possível visualizar *a aplicação do princípio da cooperação*.

O órgão jurisdicional tem o *dever de lealdade*, de resto também consequência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado.

O *dever de esclarecimento* consiste no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo[160], para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas ou apressadas[161]. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante – convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever.

O *dever de esclarecimento* não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes[162]. É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação, já positivada.

Fala-se ainda no *dever de consulta*.

160. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65. Assim, também, GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

161. Art. 7º, 2, do CPC de Portugal: "O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência".

162. Afirmando a existência de deveres para o juiz, inclusive o dever de *esclarecer as partes,* MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. "Prólogo". *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. XXII.

O *dever de consulta* é variante processual do *dever de informar*, aspecto do *dever de esclarecimento*, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*,[163] sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o *dever de consulta, expressamente consagrado no art. 10 do CPC, já examinado no item sobre o princípio do contraditório.*

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia[164]. Como cabe ao julgador a investigação oficial de algumas questões (como, p. ex., aquelas previstas § 3º do art. 485 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental.

Caso o magistrado "descubra" a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão.

---

163. Art. 3º, 3, CPC Portugal: "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem". Art. 8º, 2, CPC de Macau: "2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência". Art. 16 Novo Código de Processo Civil francês: "Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si cellesci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur le moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations". (na tradução de Eduardo Ferreira Jordão: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações".) Art. 101, 2, CPC italiano, recentemente reformado: art. 101 do CPC italiano agora tem um "2º comma", com a seguinte redação: "Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questiona rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione".

164. GRASSO, Eduardo. "La collaborazione nel processo civile". *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1966, n. 4, p. 591-592 e 608; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 28-29; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231

Tem o magistrado, ainda, *o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas*. Trata-se do chamado *dever de prevenção*, variante do *dever de proteção*.

O *dever de prevenção* tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo[165].

São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação pela parte.

> "Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro" [166].

No direito brasileiro, esse dever de prevenção está concretizado em diversos dispositivos: arts. 76, *caput*, 321, 932, par. ún., 1.017, §3º, 1.029, §3º, todos do CPC. O CPC é estruturado para reforçar o *dever de prevenção*, que, espalhado e repetido ao longo de todo o texto, reforça o modelo cooperativo adotado em nosso sistema.

O art. 321 é emblemático; ele garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o órgão jurisdicional considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito[167]. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida.

Note, enfim, que há o *princípio da cooperação*, que se destina a transformar o processo em uma "comunidade de trabalho" (*Arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro*) "e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados"[168], e há as *regras de cooperação*, que concretizam esse princípio (como, p. ex., a que exige que o pronunciamento judicial seja claro, inteligível).

> Há outras manifestações da consagração do modelo cooperativo de processo no Brasil.

165. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 66. Assim, também, GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 52.
166. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 66.
167. GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 52.
168. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 62.

O §3º do art. 357 cuida do saneamento compartilhado; o art. 339 cuida do dever de o réu indicar o legitimado passivo da demanda; o art. 77, §1º, e o art. 772, II, consagram o dever de o juiz advertir o sujeito de que sua conduta pode configurar-se como ato atentatório à dignidade da justiça.

Na verdade, todas as normas que atribuem relevância à autonomia da vontade no processo, estimulando comportamentos negociais entre os sujeitos processuais, reforçam o modelo cooperativo[169]; afinal não há negociação juridicamente lícita sem obediência aos deveres de cooperação.

A esse tema será dedicado um item específico.

2.12.4. Dever de o juiz zelar pelo efetivo contraditório, princípio da cooperação e dever de auxílio

No Direito Português, a doutrina identifica a existência de um *dever de o juiz auxiliar as partes*: "o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ónus ou deveres processuais". Cabe ao órgão julgador providenciar, sempre que possível, a remoção do obstáculo[170]. Para cumprir este dever, poderia o órgão julgador, *por exemplo*, sugerir a alteração do pedido, para torná-lo mais conforme o entendimento jurisprudencial para casos como aquele.

Esse dever é um dos aspectos do princípio da cooperação, também previsto no CPC português. A relação entre os deveres de cooperação e a promoção da igualdade processual é muito difundida na doutrina[171].

Certamente, surgirá a discussão sobre se a parte final do art. 7º do CPC permite que se afirme a existência de um *dever geral de auxílio* no direito brasileiro.

Não nos parece possível defender a existência deste dever no direito processual brasileiro. A tarefa de auxiliar as partes é do seu representante judicial: advogado ou defensor público. Não só não é possível: também não é recomendável. É simplesmente imprevisível o que pode acontecer se se disser ao órgão julgador que

169. ANDRADE, Érico. "As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo", cit., p. 187-189.

170. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65; BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*, p. 199-201.

171. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 600; GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 338; BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*, p. 200-201.

ele tem um dever atípico de auxiliar as partes. É possível, porém, que haja *deveres típicos de auxílio*, por expressa previsão legal.

O *dever de zelar pelo efetivo contraditório* tem designação mais precisa e, por isso, abrangência mais restrita; cumpre-se o dever com adequações do processo feitas pelo juiz em situações excepcionais.

2.13. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo

A liberdade é um dos principais e mais antigos direitos fundamentais (art. 5º, *caput*, CF/1988).

O direito fundamental à liberdade possui conteúdo complexo. Há a liberdade de pensamento, de crença, de locomoção, de associação etc. No conteúdo eficacial do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.

O Direito Processual Civil, embora ramo do Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por esse princípio[172]. Pode-se chamá-lo de *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*.

É certo que esse princípio não tem, no Direito Processual Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil. Por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto, mais restrito[173]. Isso, porém, não diminui a sua importância, muito menos impede que se lhe atribua o merecido destaque de ser um dos princípios estruturantes do direito processual civil brasileiro, uma de suas *normas fundamentais*[174].

Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de

172. GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 215.

173. "Afinal, se o processo judicial não é apenas *coisa das partes*, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social". (GRECO, Leonardo. "Os atos de disposição processual – primeiras reflexões". *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Disponível em www.revistaprocessual.com, 2007, v. 1, p. 8.)

174. "Há que se trabalhar com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico, mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade" (GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do "Leito de Procusto". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 235, p. 87).

Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder. Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil[175].

O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. *Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira.*

É curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p. ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil.

Defender o autorregramento da vontade no processo não é necessariamente defender um processo estruturado em um modelo *adversarial*. O respeito à liberdade convive com a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional, até mesmo porque o poder de autorregramento da vontade no processo não é ilimitado, como, aliás, não o é em nenhum outro ramo do direito. Se não existe autonomia da vontade ilimitada nos demais ramos do Direito, não faria sentido que logo no Direito Processual Civil ela aparecesse.

A lei cuida de proteger os incapazes e os vulneráveis (art. 190, CPC) e de proibir certas negociações (p. ex.: não cabe acordo sobre competência absoluta do órgão jurisdicional). *A mediação legislativa é indispensável para delimitar a extensão da autonomia da vontade no processo.* As limitações ao exercício do poder de autorregramento no processo serão estudadas à medida que os temas a ela relacionados apareçam.

O modelo cooperativo de processo caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado. Como visto no item precedente, o processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é um mero espectador de pedra.

175. CAPONI, Remo. "Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali". *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, 2010, p. 44, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 16.04.2014; "Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais". Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 228, p. 362; CADIET, Loïc. "Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del processo y de la justicia en Francia". *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 4-6, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.

O *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo* visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas[176].

De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade.

O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, *subprincípios* ou *regras*, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. *Há um verdadeiro microssistema de proteção do exercício livre da vontade no processo.*

Alguns exemplos.

I) O CPC é estruturado de modo a estimular a solução do conflito por autocomposição: *a)* dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); *b)* estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); *c)* permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); *d)* permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); *e)* permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190).

O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: "§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

Trata-se de clara manifestação da "invasão da ideia de consensualidade"[177] no direito público, de que o direito processual civil é espécie.

A autocomposição é uma das formas de exercício do poder de autorregramento. O prestígio que ela possui no CPC, conforme se vê dos §§ do art. 3º, evidencia e concretiza o princípio do respeito ao poder de autorregramento.

---

176. Sobre o exame das limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010; NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

177. ANDRADE, Érico. "As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo", cit., p. 175.

Mesmo assim, respeita-se a vontade das partes de não resolver o litígio por autocomposição (art. 334, §4º, I, CPC).

II) É a vontade da parte que delimita o objeto litigioso do processo (arts. 141 e 490, CPC) e do recurso (arts. 1.002 e 1.013, CPC). Não por outra razão, o §2º do art. 322 do CPC determina que a postulação deva ser interpretada de acordo com a boa-fé, exatamente como se deve fazer em relação aos atos jurídicos de um modo geral (art. 113, Código Civil). Como se sabe, ato jurídico é ato voluntário.

III) O CPC prevê um número bem significativo de *negócios processuais típicos*, tais como: a eleição negocial do foro (art. 63); o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65); escolha consensual de mediador, conciliador ou câmara privada de mediação ou conciliação (art. 168); o calendário processual (art. 191, CPC); a renúncia ao prazo (art. 225); o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II); a renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, §6º); o adiamento negociado da audiência (art. 362, I, CPC); o saneamento consensual (art. 357, §2º); a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º); a escolha consensual do perito (art. 471); desistência da execução ou de medida executiva (art. 775); a desistência do recurso (art. 998); a renúncia ao recurso (art. 999); a aceitação da decisão (art. 1.000) etc.

IV) O CPC prevê uma cláusula geral de negociação processual, que permite a celebração de negócios jurídicos processuais *atípicos*, uma vez preenchidos os pressupostos do *caput* do art. 190. Dessa cláusula geral surge o *subprincípio da atipicidade da negociação processual*, a mais importante concretização do *princípio do respeito autorregramento da vontade no processo civil* e, por isso, o exemplo mais evidente da densidade normativa que esse mesmo princípio possui no direito brasileiro[178]. O tema será examinado com mais vagar no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais, neste volume do *Curso*.

V) A consagração do princípio da cooperação (art. 6º, CPC) é, também, uma demonstração clara de valorização da vontade no processo. Não por acaso a doutrina costuma relacioná-lo ao fenômeno da "contratualização" do processo[179].

VI) A arbitragem, no direito brasileiro, é bastante prestigiada (Lei n. 9.307/1996). O processo arbitral é, fundamentalmente, um processo negociado. As partes podem definir a organização do processo, bem como a sua estrutura. Além de, obviamente,

178. Remo Caponi defende a adoção de solução semelhante (regulamentação negocial atípica do processo), como uma "proposta radical" para o direito italiano (CAPONI, Remo. "Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali". *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, 2010, p. 49, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19m consultado em 16.04.2014; "Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais". Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 228, p. 366.).

179. CADIET, Loïc. "Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del processo y de la justicia en Francia", cit., p. 18, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.

escolher o órgão jurisdicional que decidirá o conflito. No capítulo sobre jurisdição, neste volume do *Curso*, examinaremos mais detalhes do processo arbitral.

2.14. Princípio da primazia da decisão de mérito

O CPC consagra o princípio da *primazia da decisão de mérito*. De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. A demanda deve ser julgada – seja ela a demanda principal (veiculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental.

O art. 4º, de modo bem assertivo, garante à parte o *direito à solução integral do mérito*.

Há outros dispositivos do CPC que reforçam e concretizam esse princípio.

a) Art. 6º: todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em prazo razoável, *decisão de mérito* justa e efetiva;

b) Todas as regras que compõem o sistema da *translatio iudicii* – preservação dos efeitos da litispendência e das decisões, a despeito da incompetência – reforçam a primazia da decisão de mérito (arts. 64, 240 e 968, §§5º e 6º).

c) Art. 76: prevê o dever geral de o juiz determinar a correção da incapacidade processual.

d) Art. 139, IX: o juiz tem o dever de determinar o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.

e) §2º do art. 282: "quando puder *decidir o mérito* a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta". Regra importantíssima, que expressamente determina que o juiz ignore defeitos processuais, se a decisão de mérito não prejudicar aquele que se beneficiaria com o reconhecimento da nulidade – a regra é estudada com mais detalhes no capítulo sobre as nulidades processuais, nesse volume do *Curso*. Esse é um dos enunciados que mais evidenciam o princípio da primazia da decisão de mérito.

f) Art. 317: antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o órgão jurisdicional deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. Esse é outro dos enunciados que mais evidenciam o princípio da primazia da decisão de mérito.

g) Art. 321: antes de indeferir a petição inicial, o juiz deve mandar que a parte autora a emende ou a complete. Desse enunciado decorre verdadeiro direito

à emenda da petição inicial defeituosa. A regra é estudada com mais detalhes no capítulo sobre a petição inicial, nesse volume do *Curso*.

h) Art. 485, §7º: interposta a apelação contra sentença que extingue o processo sem exame do mérito, poderá o juiz retratar-se – estímulo evidente para que o reexamine sua decisão de não examinar o mérito da causa.

i) Art. 488 (enunciado semelhante ao §2º do art. 282): sempre que for possível, o juiz deve priorizar a resolução do mérito em detrimento da decisão que não o examina. Esse é outro dos enunciados que mais evidenciam o princípio da primazia da decisão de mérito.

j) Art. 932, par. ún.: o relator, antes de considerar inadmissível o recurso – portanto, não examinando o mérito do recurso –, concederá prazo de cinco dias ao recorrente, para que seja sanado o defeito.

k) Art. 1.029, §3º: O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave. Dispositivo importantíssimo, pois autoriza que o tribunal superior desconsidere vício de um recurso tempestivo (interposto no prazo), para poder julgar o seu mérito. Dispositivo semelhante é o §11 do art. 896 da CLT.

2.15. Princípio da proteção da confiança

2.15.1. Proteção da confiança e segurança jurídica

O princípio da proteção da confiança é um subprincípio do princípio da segurança jurídica[180]. O princípio da proteção da confiança é a dimensão subjetiva do conteúdo do princípio da segurança jurídica. O fundamento de ambos é o Estado de Direito[181]. Como não há na Constituição texto expresso nesse sentido, afirma-se que se trata de princípio constitucional que decorre do §2º do art. 5º da CF/1988.

O princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança são, pois, facetas que se complementam semanticamente: a segurança é a faceta geral da confiança; a confiança, a face particular da segurança. Trata-se de relação recíproca estrutural entre

180. SILVA, Almiro do Couto e. *"O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (lei nº 9.784/1999)"*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n.2, 2005. Disponível em: «http://www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-de-direito-do-estado». Acesso em 21 de maio de 2012. Neste sentido, também, ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 55-57; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 281, com amplas referências.

181. STF, 2ª T., rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Questão de Ordem na Petição (MC) n. 2.900-RS, j. em 27.05.2003, publicado no DJU de 01.08.2003, p. 6.

os conceitos, que se faz, ainda mais, evidente ao se considerar que o conceito contemporâneo de interesse público não pode estar dissociado do de interesse privado[182].

O princípio da proteção da confiança impõe que se tutele a confiança de um *determinado* sujeito, concretizando-se, com isso, o princípio da segurança jurídica.

Como ensina Humberto Ávila, tutela-se a situação de confiança do sujeito que exerce a sua liberdade por confiar na validade (ou aparência de validade) de um conhecido ato normativo e, depois, vê frustradas as suas expectativas pela descontinuidade da vigência ou dos efeitos desse ato normativo, quer por simples mudança, quer por revogação, quer por invalidação[183]. A proteção da confiança é um instrumento de proteção de direitos individuais em face do Estado ou de quem exerce poder.

Sobre o âmbito de aplicação do princípio da confiança, acrescenta Ávila: "sua extensão engloba também os atos, concluídos ou iniciados, praticados com base em atos normativos que se revestiam de legalidade meramente aparente, ou nem isso, e cuja anulação desde o início causaria frustração da expectativa individual sobre eles lançada"[184].

> É possível relacionar, também, o princípio da proteção da confiança com o princípio da boa-fé – a proteção da confiança seria também um *subprincípio*, neste caso.

2.15.2. Pressupostos para a proteção da confiança

Ainda segundo as lições de Humberto Ávila, o dever de proteção da confiança irradia-se de fato jurídico formado pelos seguintes elementos: (1) base da confiança, (2) confiança nessa base; (3) exercício da confiança e (4) frustração por ato posterior do Poder Público[185].

> Os elementos da proteção da confiança referidos por Humberto Ávila aproximam-se daqueles que aparecem nas lições de Antônio Menezes Cordeiro. Para este último, a tutela jurídica da confiança pressupõe os seguintes fatores: a) situação de confiança conforme o sistema (seria a "confiança na base"); b) justificação à confiança, identificada pela presença de elementos objetivos que provoquem a crença plausível (seria a própria "base da confiança" no caso); c) investimento da confiança, como o exercício de atividades jurídicas

182. Sobre o assunto, SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
183. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 360.
184. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., 361.
185. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 360.

> sob a crença da confiança ("exercício da confiança"), d) a imputação da situação de confiança à pessoa que será atingida pela proteção ao confiante.[186]
>
> Estas notas distintivas podem existir em menor ou maior grau no caso concreto – ou mesmo alguma dela pode não se fazer presente, como afirma Antônio Menezes Cordeiro.[187]

(1) *Primeiro.*

A base da confiança "traduz-se nas normas que serviram de fundamento para a (in)ação individual". Exige-se a sua "aptidão para servir de fundamento para o exercício de direitos de liberdade e propriedade", independentemente dos seus requisitos de validade.

A base da confiança é o ato normativo – qualquer ato normativo: lei, decisão judicial ou ato administrativo –, que serviu de fundamento para um determinado comportamento do sujeito.

Os atos defeituosos podem configurar-se em base de confiança[188]. Lei defeituosa é espécie de ato jurídico defeituoso; decisão judicial defeituosa, idem.

A base de confiança configura-se, na presença em maior ou menor grau, ou até na ausência de alguns deles, dos seguintes critérios – não há necessidade de preenchimento de todos eles; os critérios servem como parâmetros para avaliar a base da confiança e, assim, avaliar se e em que medida a confiança deve ser protegida:

(*i*) grau de vinculatividade: quanto maior for o grau de vinculação do ato normativo, maior deve ser a expectativa do jurisdicionado quanto ao seu cumprimento futuro, já que menor foi o seu poder de escolha e menor foi a repartição de risco na tomada da decisão (exercício de liberdade – sob a orientação do próprio Direito);

(*ii*) grau de aparência de legitimidade da base: não se analisa o "grau de validade do ato", mas, sim, se o ato teve aptidão para ser objeto da confiança depositada pelos sujeitos (aqui atua a presunção de validade dos atos normativos)[189];

(*iii*) grau de modificabilidade da base: quanto maior for o grau de pretensão de permanência, maior deve ser a proteção da confiança nele depositada – não se

186. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 52.

187. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Almedina: Coimbra, 2007, p. 1248.

188. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 367-368.

189. "Tanto o ato estatal lícito quanto o ilícito produzem efeitos concretos que não podem ser simplesmente desconsiderados: aquele que confiou, sem negligência nem culpa, em um ato estatal, em razão do qual dispôs de maneira intencional e irreversível da sua liberdade e do seu patrimônio, deve ser protegido, pouco importando a ilicitude do ato." (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 381)

exige a permanência em si do ato, a sua pretensão de permanência, em contraponto aos atos transitórios, por exemplo[190];

(iv) grau de eficácia no tempo: maior a proteção da confiança, quanto mais duradoura tiver sido a eficácia da base[191];

(*v*) grau de realização das finalidades da base: "quanto maior o grau de realização das finalidades subjacentes à regra supostamente violada, maior deve ser a proteção da confiança"[192];

(*vi*) grau de indução da base: quanto maior for o grau de indução, incentivo da base, mais deve ser tutelada a confiança, considerando que "há *engano* do contribuinte, decorrente de *deslealdade* do Poder Público, que em um dia incentiva, e em outro desconsidera" (grifos originais)[193];

(vii) grau de individualidade: quanto maior a proximidade do sujeito com o ato, maior a proteção da confiança[194];

(viii) grau de onerosidade da base: deve-se tutelar a confiança, quanto maior for a onerosidade da base, vale dizer, quanto mais ela crie ônus e despesas ao particular.[195]

Esses critérios devem ser considerados como elementos tipológicos, vale dizer, "que não são individualmente, nem necessários, nem suficientes, valendo para a sua configuração a visão de conjunto"[196]. Nas palavras de Karl Larenz, os tipos distinguem-se dos conceitos justamente por não exigir a presença de todas as suas notas distintivas, sendo relevante, para a sua caracterização, a imagem global no caso concreto[197]. Tem-se a ideia do sistema móvel, em que a ausência de um ou mais elementos não obsta a configuração da base de confiança.

Haverá base de confiança em sua imagem global, quando houver "mais razões para proteger a confiança do que para não a proteger" [198].

(2) *Segundo.*

A tutela da confiança exige, obviamente, a confiança na "base da confiança", vale dizer, legítimas expectativas no seu cumprimento (futuro). Exige-se, nesse

190. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 381-383.
191. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 383-385.
192. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 385.
193. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 386.
194. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 391-392.
195. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 392-393.
196. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 372.
197. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ª ed. Tradução: José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997, p. 655 e seq.
198. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 372

contexto, o conhecimento da base, demonstrando a relação entre confiabilidade e cognoscibilidade do Direito. Não se pode confiar no desconhecido. Quanto mais sólida a imagem global da base confiança, maior a confiança legítima nela depositada[199].

(3) *Terceiro.*

É preciso que o sujeito tenha exercido a confiança na base, vale dizer, tenha exercido a sua liberdade sob a orientação do ato normativo e confiando no seu cumprimento futuro. O cidadão deve ter tido determinada atuação em razão da base de confiança[200]. O exercício da confiança pode ser também uma conduta negativa. Imagine-se, por exemplo, que determinado ato normativo isenta determinados sujeitos de recolhimento de tributos. A postura de silêncio dos sujeitos seria exercício da confiança depositada no próprio ato.

(4) *Quarto*

Se configurada a situação de confiança legítima – decorrente da confiança exercida na base –, tal situação é merecedora de proteção jurídica, razão por que a sua frustração futura por nova manifestação estatal é ato ilícito. É nesse sentido que a frustração da confiança é elemento fático da incidência do princípio da proteção da confiança[201].

2.15.3. Princípio da proteção da confiança e o direito processual civil

Apresentada a visão geral sobre o princípio da proteção da confiança, é preciso esclarecer em que medida ele pode ser considerado um princípio do Direito Processual Civil.

Para tanto, é preciso relembrar uma premissa deste *Curso*: o processo jurisdicional civil é um meio de produção de normas jurídicas – é meio de exercício de *poder normativo*. Pelo processo, o órgão jurisdicional produz a norma jurídica individualizada, que regula o caso concreto que lhe foi submetido, e uma norma jurídica geral, construída a partir do caso concreto, que serve como modelo para a solução de casos futuros semelhantes.

Assim, o processo jurisdicional é um produtor de ato normativo, o qual pode, como qualquer ato normativo, servir de *base da confiança* a ser protegida.

Não bastasse isso, não se pode ignorar que a decisão judicial se caracteriza pela aptidão de revestir-se de uma estabilidade muito peculiar: a coisa julgada.

199. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 397-398.
200. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 398-401.
201. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 401-402.

Somente decisões judiciais podem tornar-se indiscutíveis pela coisa julgada. Como visto acima, a estabilidade do ato normativo que serve como base da confiança é um dos critérios para a aferição da necessidade de dar a essa confiança a adequada proteção jurídica.

Mas não é só: a decisão jurisdicional qualifica-se também pelo fato de ter sido produzida em contraditório, após processo em que se confere às partes o poder de influenciar no conteúdo da decisão (aspecto substancial do contraditório) e em que são garantidos os direitos próprios ao devido processo legal, como o direito ao recurso.

Tudo isso faz com que a decisão jurisdicional seja um ato normativo dos mais "confiáveis".

A relação, portanto, entre o princípio da proteção da confiança e o exercício do poder jurisdicional é evidente.

O princípio da proteção da confiança é um dos princípios que estruturam o Direito Processual Civil[202].

Não é o caso de fazermos uma análise de todas as concretizações do princípio da proteção da confiança no âmbito do Direito Processual Civil. Convém, neste momento, apresentar uma pequena amostra da importância deste princípio para esse ramo do Direito.

Eis alguns exemplos.

a) A proteção da confiança é princípio do qual decorre o dever de o tribunal modular a eficácia da decisão que altera jurisprudência consolidada (o chamado *overruling*), resguardando as posições jurídicas de quem havia confiado no entendimento que até então prevalecia (sobre o *overruling*, ver o v. 2 deste *Curso*).

> A propósito, conferir o §17 do art. 896-C da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.015/2014: "§ 17. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado."

202. Já se vem percebendo isso no Brasil. Há obras de Direito Processual Civil que cuidam do tema: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antonio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007, *passim*; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009, v. 1, p. 47-48; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 124, com referências.

Há quem entenda, ainda, que o princípio da proteção da confiança impõe também o dever de o tribunal de uniformizar a própria jurisprudência[203].

Não por acaso, o §4º do art. 927 do CPC expressamente menciona o princípio da proteção da confiança como base do sistema de precedentes judiciais brasileiro.

b) O princípio da proteção da confiança relaciona-se proximamente com o sistema de invalidades processuais, sobretudo para dificultar a decretação de invalidades ou limitar temporalmente os efeitos da invalidação, preservando alguns efeitos do ato invalidado[204]. O tema será examinado no capítulo sobre invalidades processuais, neste volume do *Curso*.

c) O princípio da proteção da confiança pode servir como fundamento para modulação temporal dos efeitos de uma decisão que quebre ou relativize uma estabilidade jurídica. Trata-se de corolário desse princípio constitucional, que independe de previsão legislativa que expressamente o autorize[205].

É o caso, por exemplo, da restrição da eficácia da decisão que rescinde uma decisão transitada em julgado, desconstituindo a coisa julgada[206], um dos ícones da estabilidade jurídica – sobre o tema, ver o capítulo sobre ação rescisória, no v. 3 deste *Curso*.

d) Este princípio pode ser utilizado como fundamento para permitir que o órgão jurisdicional, sempre que tiver de rever a estabilidade de um ato normativo, possa estabelecer uma "justiça de transição", com a formulação de regras de transição para minimizar o impacto da quebra da confiança. Seria um poder jurisdicional implícito[207], decorrente do princípio da proteção da confiança[208].

---

203. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009, v. 1, p. 47-48.

204. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 539 e segs.

205. BARROSO, Luís Roberto. "Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais". *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, n. 2, p. 267-269; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 188-192; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 542; CAMPOS, Arthur Sombra Sales. "Mecanismos de proteção das expectativas legítimas no caso de rescisão da coisa julgada material". Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 82-86.

206. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 540.

207. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 521, com amplas referências. O autor arremata: "Com efeito, muitas decisões de quebra de estabilidade devem ser acompanhadas por regras de transição para evitar uma ruptura das expectativas que pudessem ter sido criadas em favor da manutenção da posição estável, facilitando uma adaptação suave ao novo regramento. Nesse sentido, a edição de regras de transição não deve ser vista apenas como um poder estatal, mas como um *dever* decorrente da cláusula do Estado de Direito, com o correlato e respectivo direito individual". (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 521.)

208. Sobre as regras de transição criadas pelo órgão jurisdicional no caso de quebra da estabilidade, indispensável a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 520-544.

> O STF aplicou essa técnica no julgamento do caso da demarcação das terras na reserva indígena Raposa Serra do Sol (STF, pleno, Pet. N. 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, j. em 19.03.2009). Foram fixadas dezenove regras de transição neste caso Recomenda-se a leitura dessa decisão.
>
> Mais recentemente, o STF adotou essa técnica de julgamento no julgamento do RE n. 631.240-MG, j. em 3.9.2014, que cuidava da necessidade de o segurado requerer administrativamente o benefício previdenciário. No caso, o direito transitório regularia a transição entre um entendimento jurisprudencial superado e o novo. A ementa é autoexplicativa.
>
> "5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais".

A importância disso revela-se com muita clareza nas decisões em jurisdição constitucional – e o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 corrobora essa assertiva[209].

Essa técnica também pode ser utilizada também na mudança de jurisprudência (*overruling*).

A possibilidade de o órgão jurisdicional instituir essas regras de transição parte da premissa, que é a mesma deste *Curso*, que a jurisdição é uma atividade

209. Art. 27 da Lei n. 9.868/1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". No mesmo sentido, o art. 11 da Lei n. 9.882/1999, que trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e o art. 4º da Lei 11.417/1999, que trata do procedimento para a edição de súmula vinculante.

criativa, ainda que limitada – o tema será examinado com mais vagar no capítulo sobre jurisdição.

3. REGRAS

3.1. Regras da instauração do processo por iniciativa da parte e de desenvolvimento do processo por impulso oficial

O art. 2º do CPC consagra duas regras tradicionais em nosso direito processual civil: a instauração do processo cabe à parte e o desenvolvimento do processo é por impulso oficial. O CPC alça-as ao *status* de normas fundamentais do processo civil brasileiro.

Vamos examinar cada uma dessas regras.

3.1.1. Instauração do processo por iniciativa da parte

A primeira parte do art. 2º ratifica a tradição do processo civil brasileiro: o processo começa por iniciativa da parte. A função jurisdicional deve ser provocada pelo interessado para que possa atuar.

Algumas observações se impõem.

a) No CPC-1973, o art. 989 permitia que o juiz desse início ao processo de inventário. Esse dispositivo costumava ser utilizado como exemplo de regra excetuadora da regra geral. Sucede que o CPC-2015 não tem enunciado semelhante; assim, não há mais essa exceção em nosso processo civil.

b) O juiz pode instaurar a execução de sentença que impõe prestação de fazer, não-fazer ou dar coisa distinta de dinheiro (arts. 536 e 538, CPC). Não há necessidade de provocação da parte. O mesmo não acontece com a execução de sentença para pagamento de quantia, que depende de provocação da parte (art. 513, §1º, CPC).

c) Há incidentes processuais a que o órgão julgador pode dar início, sem necessidade de provocação da parte: incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, CPC), conflito de competência (art. 951, CPC), incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 948, CPC).

3.1.2. Desenvolvimento do processo por impulso oficial

A segunda parte do art. 2º também ratifica a tradição do processo civil brasileiro: uma vez instaurado, o processo desenvolve-se por impulso oficial, independentemente de novas provocações da parte.

Algumas observações são necessárias.

a) A regra do impulso oficial não impede que o autor simplesmente desista da demanda e, com isso, o processo seja extinto sem exame do mérito (art. 485, VIII, CPC). A vedação à desistência da demanda é regra excepcionalíssima e deve decorrer de previsão expressa.

b) Conforme visto, há o princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo, que impõe uma nova compreensão da regra do impulso oficial. É que, agora, é possível que as partes reestruturem negocialmente o andamento do processo, com base no art. 190 do CPC. Nessa reestruturação, é possível que as partes limitem a atuação oficial do órgão julgador. O art. 190 será examinado no capítulo sobre a Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.

c) O dever de impulso oficial não se estende à fase recursal, cuja instauração depende de provocação do interessado.

d) A regra é importante, ainda, para a solução do problema da *prescrição intercorrente*, que é aquela que se concretiza durante a tramitação do processo. Como o processo deve desenvolver-se por impulso oficial, se a demora do processo for imputada à má-prestação do serviço jurisdicional, a prescrição intercorrente não poderá ser conhecida – n. 106 da súmula do STJ: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência".

3.2. Regra da obediência à ordem cronológica de conclusão

3.2.1. Generalidades

Como forma de concretizar o princípio republicano da igualdade, o art. 12 do CPC impõe que o juiz observe a ordem cronológica de conclusão do processo, quando for proferir uma decisão final. Em certo sentido, a regra também concretiza o princípio da duração razoável do processo, pois disciplina o tempo da decisão, evitando que processos conclusos há muito tempo tenham seu deslinde prolongado indefinidamente[210].

Conclusão do processo é o ato em que o escrivão ou chefe de secretária (ou outro servidor) certifica que o processo está pronto para a decisão judicial, pois

210. CABRAL, Antonio do Passo. "A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 90-91. Assim, também, THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 145.

nada mais há para ser feito; por isso, os autos (eletrônicos ou não) são "entregues" (eletronicamente ou não) ao gabinete do juiz, para que ele profira a decisão. Pela regra, o juiz deve julgar de acordo com a ordem cronológica da conclusão: o processo que primeiro ficar concluso é o que primeiro será julgado. A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores (art. 12, §1º, CPC).

A regra aplica-se aos juízes e tribunais, de qualquer instância, mas somente se refere às decisões finais – sentenças ou acórdãos finais (art. 12, *caput*, CPC). Assim, ficam excluídas as decisões interlocutórias (proferidas pelo juiz)[211] e os *acórdãos interlocutórios* (acórdãos que não encerram o processo, como, por exemplo, o acórdão para examinar pedido de tutela provisória em ação direta de inconstitucionalidade).

3.2.2. Regras que excetuam o dever de respeito à ordem cronológica de conclusão

O §2º do art. 12 traz uma série de exceções a essa regra. Essas exceções justificam-se como forma de ponderar o princípio da igualdade, lastro do respeito à ordem cronológica, com os princípios da eficiência e da duração razoável do processo (agora, por outro ângulo). Seguem as exceções previstas no §1º do art. 12, com pequenos comentários.

I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido.

São situações em que a decisão final pode ser tomada prontamente, sem maior dificuldade. A razoabilidade impõe que estejam fora do âmbito de incidência da regra de observância da ordem cronológica.

II – o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas, art. 976 e segs., CPC; julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, arts. 1.036-1.041 e segs., CPC, conforme dispõe o art. 928 do CPC).

Nesses casos, agrupam-se processos para que seja aplicada a tese jurídica firmada. A decisão em bloco, para casos assim, é uma importante técnica de aceleração dos processos e, também, de garantir a isonomia. Desse modo, é possível reunirem-se processos conclusos em datas bem diferentes, desde que todos versem sobre a mesma tese jurídica a ser aplicada. Note, também, que esse agrupamento

211. Em sentido diverso, entendendo que a regra também se aplica a decisões interlocutórias, CABRAL, Antonio do Passo. "A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil", cit., p. 90.

somente se justifica se for para julgar os casos: quebra-se o respeito à ordem cronológica para fim de julgamento de todos os processos repetitivos.

III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nesse inciso, o CPC criou duas novas hipóteses de processo prioritário, ambas de competência de tribunais. O julgamento de recursos repetitivos compete ao STF ou ao STJ, conforme o caso (o tema será examinado no v. 3 deste *Curso*). O julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas compete ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal (o tema é examinado no v. 3 deste *Curso*). Essa preferência legal deve observar o disposto no §3º do mesmo art. 12: é preciso criar uma lista de conclusão para as preferências legais; assim, deve haver uma lista de conclusão dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e uma lista de julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos.

IV – as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932.

Conforme disse anteriormente, estando o processo em tribunal, somente os acórdãos finais se submetem à regra de observância da ordem cronológica de conclusão. Decisões do relator, proferidas com base no art. 932 do CPC, estão fora do âmbito de incidência da regra. Também estão fora da incidência as decisões que extinguem o processo sem resolução do mérito (art. 485 do CPC), sejam sentenças (proferidas por juiz), sejam acórdãos. Sobre as decisões do relator, conferir o v. 3 deste *Curso*. Sobre as decisões que extinguem o processo sem resolução de mérito, ver este v. do *Curso*, capítulo sobre a extinção do processo.

V – o julgamento de embargos de declaração.

O julgamento dos embargos de declaração integra o julgamento que embargado; é um complemento dele, uma sua continuação. Por isso, realmente não haveria sentido em pôr o processo, que já fora sentenciado, para o fim da lista. Fez bem o legislador em excepcionar essa situação.

VI – o julgamento de agravo interno.

Pela mesma razão, o julgamento do agravo interno, recurso interposto contra decisão de relator, fica fora do âmbito de incidência dessa regra fundamental. O caso já foi julgado; o agravo interno leva a questão para a revisão do colegiado a que pertence o relator; ademais, como se viu, os casos em que se permite a decisão do relator (art. 932, CPC) estão fora da incidência da regra de observância da ordem cronológica – natural que o julgamento do agravo interno, verdadeiro prolongamento do julgamento feito unipessoalmente pelo relator, também estivesse.

VII – as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Esse inciso excepciona as preferências legais[212], que comporão uma lista própria (art. 12, §3º, CPC) e as metas do Conselho Nacional de Justiça, que costuma estabelecer prioridades de julgamento de processos ajuizados até determinado ano, por exemplo. Como o desrespeito a metas do CNJ pode ser considerado infração disciplinar, o legislador houve por bem criar mais essa exceção.

VIII – os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal.

Há juízos que possuem competência cível e criminal – muito comum nas pequenas comarcas ou subseções judiciárias, onde há apenas uma vara. O inciso esclarece que a regra da observância da ordem de conclusão se refere apenas aos processos civis.

IX – a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

Finalmente, certamente preocupado com situações excepcionais não reguladas na extensa lista deste §2º do art. 12, o legislador resolveu estabelecer uma regra geral excetuadora: sempre que houver urgência, reconhecida por decisão fundamentada, pode o órgão jurisdicional julgar determinado processo, ignorando a ordem cronológica de conclusão. O interessado pode requerer isso ao juiz, demonstrando a urgência. Requererá, então, uma tutela de urgência, que no caso virá conjuntamente com a sentença (o que é possível, nos termos do art. 1.012, §1º, V, CPC). A decisão que negar esse pedido estará, portanto, negando uma tutela de urgência; por isso, será impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, I, CPC).

O §6º do art. 12 estabelece processos prioritários, que devem "furar" a fila, para ocupar o primeiro lugar da lista – perceba, eles *"furam" a fila, mas entram nela*. São eles: *a)* processo que tiver sua sentença ou acordão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução; *b)*

212. A propósito, o art. 1.048 do CPC: "Terão prioridade de tramitação em qualquer juízo ou tribunal os procedimentos judiciais: I – em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988; II – regulados pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). § 1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas. § 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária. § 3º Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do companheiro em união estável.§ 4º A tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário". *Dois outros exemplos*. O art. 20 da Lei n. 12.016/2009 determina a prioridade do mandado de segurança sobre todos os demais processos, ressalvado o *habeas corpus*. O art. 19 da Lei n. 9.507/1997 determina a prioridade do *habeas data* sobre todos os demais processos, ressalvados o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

quando ocorrer a hipótese do art. 1.040, inciso II, CPC, para que o tribunal possa reapreciar a causa e aplicar a tese jurídica firmada pelo tribunal superior.

Como forma de evitar conduta ardilosa da parte que pretenda impedir que a causa seja julgada, qualquer requerimento formulado, após a inclusão do processo na lista, não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência (art. 12, §4º, CPC). Decidido esse requerimento, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista (art. 12, §5º, CPC).

3.2.3. Calendário processual e dever de observância da ordem cronológica de conclusão

Há outra questão importante: como compatibilizar a possibilidade de calendário processual, acordado pelo juiz e pelas partes (art. 191), com o respeito à ordem cronológica de conclusão? Seria possível previr no calendário uma data para a prolação da sentença, sem observância da ordem cronológica?

Como uma convenção processual não pode lesar terceiros, há duas alternativas: a) ou no calendário se marca uma audiência para a prolação da sentença, de modo a que se subsuma à regra exceptuadora do inciso I do § 2º do art. 12; b) ou a prolação da sentença não é ato que possa ser inserido no calendário.

3.2.4. Consequências do descumprimento da regra

Qual a consequência que decorre da inobservância desta regra? A questão não é simples. Não parece ser o caso de nulidade da decisão – não há realmente sentido em invalidar a decisão neste caso: o desrespeito à ordem cronológica não prejudica nenhuma das partes.

O prejuízo é de terceiros, cujo processo estava em posição prioritária na lista. Esse prejuízo do terceiro não leva à existência de um "interesse jurídico", a justificar o recurso de terceiro com o propósito de invalidar a decisão; essa decisão não tem por objeto qualquer direito do terceiro. O terceiro poderá, no entanto, representar, perante o respectivo tribunal e o Conselho Nacional de Justiça contra o juiz que desobedeceu ao comando do art. 12, para a tomada de providências de natureza administrativa.

É possível, porém, cogitar a possibilidade de uma das partes, certamente a prejudicada com a decisão, suscitar que o desrespeito à ordem cronológica leva ao reconhecimento da suspeição do juiz que proferiu a decisão (art. 145, IV, CPC). Não nos parece possível dizer que esse desrespeito leve, por si, à suspeição; mas ele pode ser considerado um indício de suspeição. Reconhecida a suspeição, a decisão

proferida seria nula, por esse motivo, não pelo desrespeito à ordem cronológica (art. 146, §6º, CPC).

3.2.5. Extensão da regra à atuação do escrivão ou chefe de secretaria

A regra seria esvaziada se o escrivão ou chefe de secretaria também a ela não se submetesse. Era preciso estender a regra de observância da ordem cronológica a esses auxiliares da justiça.

É por isso que o art. 153 do CPC determina "o escrivão ou chefe de secretaria deverá obedecer à ordem cronológica de recebimento para publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais". Do mesmo modo, a lista de processos recebidos deverá ser disponibilizada, de forma permanente, para consulta pública (art. 153, §1º, CPC).

À semelhança do que ocorre em relação aos órgãos jurisdicionais, há também exceções a essa regra. As exceções, porém, são em menor número, apenas duas: *a)* os atos urgentes, assim reconhecidos pelo juiz no pronunciamento judicial a ser efetivado; *b)* as preferências legais (art. 153, §2º, CPC). Em todo o caso, deverão ser formadas listas próprias de decisões a cumprir, em ordem cronológica, em situações de urgência e nas preferências legais (art. 153, §3º, CPC).

A parte que se considerar preterida na ordem cronológica poderá reclamar, nos próprios autos, ao juiz da causa, que requisitará informações ao servidor, a serem prestadas no prazo de dois dias (art. 153, §4º, CPC). Constatada a preterição, o juiz determinará o imediato cumprimento do ato e a instauração de processo administrativo disciplinar contra o servidor (art. 153, §5º, CPC).

3.2.6. Direito transitório

Para regular a transição entre o regime do CPC/1973, em que não havia essa regra fundamental, e o regime atual, o §5º do art. 1.046 determina que a primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código.

4. NORMA FUNDAMENTAL DE INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: *O POSTULADO HERMENÊUTICO*[213] *DA UNIDADE DO CÓDIGO*

Nos estudos sobre a interpretação constitucional, foi desenvolvido o *postulado da unidade da Constituição.*

213. Sobre os postulados hermenêuticos de um modo geral, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 135-144.

De acordo com esse postulado hermenêutico, a Constituição deve ser interpretada como um *todo* normativo, de modo a serem evitadas antinomias entre as normas extraídas da própria Constituição[214]. O direito não se interpreta em *tiras*, conforme conhecida lição de Eros Grau[215]; muito menos a Constituição.

O mesmo se aplica à interpretação do Código de Processo Civil.

O Código deve ser interpretado como um conjunto de normas orgânico e coerente. Surge daí o *postulado interpretativo da unidade do Código*.

Um exemplo.

O inciso I do art. 332 do CPC fala em súmula de tribunal superior, ao permitir a improcedência liminar do pedido. Sucede que o inciso IV do art. 927 do CPC determina a vinculação do órgão jurisdicional apenas aos enunciados da súmula do STF em matéria constitucional e aos da súmula do STJ em matéria infraconstitucional; essa restrição não aparece, porém, no art. 332 do CPC. Para fim de harmonizar os dispositivos do Código, que deve ser interpretado como uma unidade, somente é permitida a improcedência liminar do pedido que contrariar súmula do STF em matéria constitucional e súmula do STJ em matéria infraconstitucional (legislação federal).

Há diversas outras situações em que esse postulado terá de ser aplicado. Ao longo do *Curso* elas aparecerão.

214. "O princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...) Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 1.209-1.210.)

215. GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009, p. 131-132.

CAPÍTULO 3

Jurisdição

Sumário • 1. Conceito e características da jurisdição: 1.1. Conceito; 1.2. Decisão por terceiro imparcial – heterocomposição; 1.3. A jurisdição como manifestação do Poder: a imperatividade e a inevitabilidade da jurisdição; 1.4. A jurisdição como atividade criativa; 1.5. Jurisdição como técnica de tutela de direitos mediante um processo; 1.6. A jurisdição sempre atua em uma situação jurídica concreta; 1.7. Insuscetibilidade de controle externo; 1.8. Aptidão para a coisa julgada – 2. Equivalentes jurisdicionais: 2.1. Generalidades; 2.2. Autotutela; 2.3. Autocomposição; 2.4. Julgamento de conflitos por tribunal administrativo (solução estatal não-jurisdicional de conflitos) – 3. Arbitragem – 4. Princípios da jurisdição: 4.1. Territorialidade; 4.2. Indelegabilidade; 4.3. Inafastabilidade; 4.4. Juiz natural – 5. A jurisdição voluntária: 5.1. Generalidades; 5.2. Classificação dos procedimentos de jurisdição voluntária de Leonardo Greco; 5.3. A jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados; 5.4. A jurisdição voluntária como atividade jurisdicional.

1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO

1.1. Conceito

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Esse conceito é o que parece estar de acordo com as diversas transformações porque passou o Estado nos últimos tempos. Não é mais possível utilizar a noção de jurisdição criada para um modelo de Estado que não mais existe, notadamente em razão de diversos fatores, tais como: *i)* a redistribuição das funções do Estado, com a criação de agências reguladoras (entes administrativos, com funções executiva, legislativa e judicante) e executivas; *ii)* a valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas; *iii)* o desenvolvimento da teoria jurídica dos direitos fundamentais[1], que impõe a aplicação direta das normas que os consagram, independentemente de intermediação legislativa; *iv)* a criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção, que atribui ao Poder Judiciário a função de suprir, para o caso concreto, a omissão legislativa; *v)* a alteração da técnica legislativa: o legislador contemporâneo tem-se valido da técnica das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de completar a

1. A propósito disso, apontando a necessidade de repensar o direito processual em razão das mudanças decorrentes do advento do chamado "Estado Constitucional", MITIDIERO, Daniel. "Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo". Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 28-30.

criação da norma jurídica do caso concreto; *vi)* a evolução do controle de constitucionalidade difuso, que, dentre outras consequências, produziu entre nós a possibilidade de enunciado vinculante da súmula do STF em matéria constitucional, texto normativo de caráter geral, a despeito de produzido pelo Poder Judiciário[2].

É preciso, portanto, identificar quais são os elementos do conceito de jurisdição e, mais do que isso, identificar quais são os seus atributos exclusivos.

Assim, convém examinar cada um dos elementos que compõem o conceito apresentado.

1.2. Decisão por terceiro imparcial – heterocomposição

(a) A jurisdição é técnica de solução de conflitos por *heterocomposição*: um terceiro substituiu a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado.

Há, aqui, aquilo que Chiovenda denominou de *substitutividade*[3], para ele a característica que distingue a jurisdição das demais funções estatais. "Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se"[4].

2. Muito próximo, afirma Hermes Zaneti Jr: "A jurisprudência assume aí o papel de fonte primária do direito, em razão da fragilização do direito codificado que, no Brasil, já é um dado aferível da legislação". Como demonstra o autor, exemplificativamente, com a jurisprudência dominante, o efeito vinculante e eficácia *erga omnes* das decisões em controle de constitucionalidade concentrado e as súmulas vinculantes, cf. ZANETI JR., Hermes. "Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 267. A ideia central do texto é demonstrar as conexões necessárias entre as opções políticas do Estado, a história constitucional brasileira e o perfil do direito processual brasileiro. Nesse contexto, teoria da argumentação jurídica, teoria da constituição e dos direitos fundamentais, relações entre direito e política e o próprio conceito de Estado Democrático de Direito (explorado pelo autor nas páginas 113 e seguintes) são o pano de fundo para compreender o novo modelo do processo nacional. "O Estado Democrático de Direito deve aprofundar sua relação com o processo, instrumento de sua realização, que só pode atuar no âmbito da 'pretensão de correção' se visa atender às necessidades desse modelo de Estado nas quatro dimensões dos direitos fundamentais que o caracterizam. O que é fundamental ao Estado Democrático de Direito é a prevalência dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sua relação com os fins e objetivos da sociedade multicultural (plúrima), e sua abertura para a construção da futura democracia integral (representativa, direta, política e social") (idem, p. 116). Nesse quadro, não é o processo que dita as regras para o desenvolvimento dos direitos fundamentais em juízo, mas os direitos fundamentais que irão conformar o direito processual (ideias bem expressadas por Hermes Zaneti Jr., parafraseando Jorge Miranda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Para o Conceito de jurisdição, em essência o mesmo aqui esposado, cf. ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional*, p. 189.

3. CHIO VENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho procesal civil.* Jose Casais y Santaló (trad.). Madrid: Reus, 2000, t. 1, p. 373 e segs.

4. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido e CINTRA, Antônio Carlos Araújo Cintra. *Teoria geral do processo*, cit., p. 132.

Não se adota, porém, a ideia de Chiovenda de que a jurisdição é a aplicação concreta da vontade da lei, em atividade meramente declaratória. A jurisdição é, essencialmente, criativa.

Essa aplicação substitutiva deve ser feita por terceiro imparcial.

É da essência da atividade jurisdicional ser ela exercida por quem seja *estranho* ao conflito (*terceiro*, aspecto objetivo) e desinteressado dele (*imparcial*, aspecto subjetivo). Note que alguém pode ser terceiro em relação ao conflito, mas não ser desinteressado (um filho é terceiro em um conflito do pai com outra pessoa, mas não é desinteressado). O órgão julgador tem de ser terceiro *e* desinteressado.

> Propõe-se o termo *impartialidade* para designar a condição de terceiro do órgão jurisdicional, o aspecto objetivo de ser um estranho àquilo que é discutido. Reserva-se *imparcialidade* para a referência a um aspecto subjetivo do juiz, que não deve ter qualquer tipo de interesse na causa. A divisão muito importante para afastar a ideia de que a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional possa interferir em sua *imparcialidade*. A atribuição de poderes ao órgão jurisdicional se dá exatamente em razão da sua condição de terceiro e não tem, segundo entende Antonio do Passo Cabral, qualquer relação de causa e efeito com eventual *parcialidade* do julgador. [5]

Não se pode confundir *neutralidade* e *imparcialidade*. O mito da neutralidade funda-se na possibilidade de o juiz ser desprovido de vontade inconsciente; predominar no processo o interesse das partes e não o interesse geral de administração da justiça; que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução. Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências etc. Já disse o poeta que nada do que é humano é estranho ao homem (Terêncio, "Homo sum, humani nihil a me alienum puto"). O juiz não deve, porém, ter interesse no litígio, bem como deve tratar as partes com igualdade, zelando pelo contraditório em paridade de armas (art. 7º, CPC): isso é ser imparcial[6].

Sucede que a criação de norma individualizada por um terceiro imparcial, embora seja uma característica da jurisdição, não lhe é exclusiva.

Há os tribunais administrativos das agências reguladoras, que funcionam como terceiros imparciais, compostos por "juízes administrativos" que se submetem a regras de impedimento e suspeição[7], criam normas jurídicas individualizadas, subs-

5. CABRAL, Antonio do Passo. "Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n.149, p. 341 e segs.
6. CAPPELLETTI, Mauro. "Reflexões sobre a criatividade Jurisprudencial no Tempo presente", cit., p. 18.
7. A propósito, Resolução nº 30 do CADE, de 25 de setembro de 2002, publicada no Diário Oficial da União de 30.9.2002: "Art. 1º É defeso ao Presidente e aos Conselheiros do CADE exercer suas funções e atribuições dispostas na Lei nº 8.884/94, quando verificada qualquer das hipóteses de impedimento ou de suspeição de parcialidade respectivamente previstas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil. Art. 2º Caso o

tituindo a vontade dos interessados, mas não podem ser designados de órgãos jurisdicionais, exatamente porque as suas decisões não têm aptidão para ficar imutáveis pela coisa julgada material. Do ponto de vista formal, as decisões das agências reguladoras poderiam ser consideradas jurisdicionais; não o são, porém, exatamente pela falta do atributo exclusivo da jurisdição, que é a aptidão para a coisa julgada: essas decisões administrativas podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

1.3. A jurisdição como manifestação do Poder: a imperatividade e a inevitabilidade da jurisdição

(b) A jurisdição é manifestação de um Poder e, portanto, impõe-se imperativamente, reconstruindo e aplicando o Direito a situações concretas que são submetidas ao órgão jurisdicional.

Ao lado da função legislativa e da função administrativa, a função jurisdicional compõe o tripé dos poderes estatais. Embora monopólio do Estado, a função jurisdicional não precisa necessariamente ser exercida por ele. O próprio Estado pode autorizar o exercício da jurisdição por outros agentes privados, como no caso da arbitragem, mais adiante examinado.

> Fala-se, então, em *princípio da inevitabilidade da jurisdição*. As partes hão de submeter-se ao quanto decidido pelo órgão jurisdicional. Tratando-se de emanação do próprio poder estatal, impõe-se a jurisdição por si mesma. A "situação de ambas as partes perante o Estado-juiz (e particularmente a do réu) é de sujeição, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal".[8]
>
> Rigorosamente, não se trata de um *princípio*, encarado como norma jurídica, mas, sim, de uma característica essencial da jurisdição.

---

membro do Plenário que tenha exercido funções na Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça e na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, será defeso o exercício de suas funções e atribuições em processos em que tenha assinado o parecer final. Art. 3º É dever do Presidente e dos Conselheiros do CADE declararem, de ofício, o impedimento e a suspeição de parcialidade. Art. 4º O interessado poderá arguir o impedimento ou suspeição do Presidente, ou Conselheiros, seguindo o procedimento descrito no §1º, inciso IV, do art. 138 do Código de Processo Civil. Art. 5º Em se tratando de impedimento ou suspeição de parcialidade do Conselheiro Relator, o processo será redistribuído a outro Conselheiro pelo procedimento comum de sorteio. Parágrafo único. Os atos que tenham sido realizados pelo Relator, enquanto não houver sido proferida sua declaração de impedimento ou suspeição, poderão, fundamentadamente, serem aproveitados em caso de vício sanável. Art. 6º. Aplicam-se também os motivos de impedimento ou suspeição aos membros da Procuradoria do CADE, inclusive ao Procurador-Geral". Sobre o tema, PAULA, Daniel Giotti de. "Aplicação do CPC e dos princípios processuais nos processos junto ao CADE". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 55, p. 37-38; NERY Jr., Nelson. "Impedimento e suspeição de conselheiro do Cade no processo administrativo da concorrência". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2000, n. 100. Ver, no sentido da necessária imparcialidade nos processos administrativos, os arts. 18 a 21 da Lei 9.784/1999.

8. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido e CINTRA, Antônio Carlos Araújo Cintra. *Teoria Geral do processo*, cit., p. 139.

1.4. A jurisdição como atividade criativa

(c) A jurisdição é função criativa. Essa criatividade é ilimitada. Na verdade, mais se assemelha a uma atividade de *reconstrução*: recria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se recria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto. Apenas para simplificar utilizaremos o termo "criar".

Os textos normativos não determinam completamente as decisões dos tribunais e somente aos tribunais cabe interpretar, testar e confirmar ou não a sua consistência[9]. Os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva (geral-particular). Há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos tribunais: a eles cabe interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam formular as suas decisões, confrontando-as com o Direito vigente[10]. Exercem os tribunais papel singular e único na produção normativa.

Ao decidir, o tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto delas (é algo novo). Ao decidir, repita-se, o tribunal gera algo novo – se não fosse assim, não haveria decisão, mas apenas o reconhecimento de uma anterior decisão, já pronta[11]. Niklas Luhmann dá-nos o exemplo dos "*hard cases*", situações em que os textos jurídicos existentes, aplicados de maneira puramente dedutiva, não apresentam soluções claras; assim, para a solução de tais casos, não basta o conhecimento do Direito vigente. Não obstante essa circunstância, os tribunais devem decidir – e decidem *("si no se encuentra el derecho, hay que inventarlo")*[12].

> É como lembra Pontes de Miranda, para quem o princípio de que o juiz está sujeito à lei é "algo de 'guia de viajantes', de itinerário, que muito serve, porém não sempre. Equivale a inserir-se, nos regulamentos de fábrica, lei de física, a que se devem subordinar as máquinas: a alteração há de ser nas máquinas. Se entendemos que a palavra 'lei' substitui a que lá devera estar – 'direito' – já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. Esse é o *verdadeiro conteúdo* do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a 'letra' legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que

9. CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 165, com base em pensamento de Parsons.
10. LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico", cit., p. 162-163.
11. Explica Luhmann: "Si no existe una alternativa, la decisión del tribunal ya fue anticipada por el legislador o por la conclusión del contrato; pero aun cuando esa fuera la intención, frecuentemente se descubren todavía alternativas. No hay ninguna decisión que pudiera excluir que, como consecuencia de la decisión, sean necesarias (o posibles) más decisiones." (*El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 370, nota 21).
12. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 379.

> foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar. Seria a perfeição, em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mais: anti-social e – como a lei e a jurisdição servem à sociedade – absurda. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só a eles, fosse a Ética, fosse a Ciência, fosse a Religião, fosse a Arte, respeitaria, *se coincidissem* com o papel escrito"[13].

É preciso desenvolver um pouco mais o tema.

Diz-se que a decisão judicial é um ato jurídico do qual decorre uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual*, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.

Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Atualmente, reconhece-se a necessidade de uma postura mais ativa do juiz, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e normas constitucionais, mormente com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais[14].

Quando dá uma *interpretação à lei conforme a Constituição* ou reputa a lei inconstitucional, o juiz cria uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão. A expressão "norma jurídica" aqui é utilizada num sentido distinto daquele utilizado linhas atrás. Não se está referindo aqui à norma jurídica individualizada (norma individual) contida no dispositivo da decisão, mas à norma jurídica entendida como resultado da *interpretação* do texto da lei e do *controle* de constitucionalidade exercido pelo magistrado.

Como se disse, ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a norma geral que se lhes aplica. Identificada a norma geral aplicável (norma legal, por exemplo), ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de *interpretação conforme*, de controle de

13. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 274-275.
14. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 90-97.

constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica* (= norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a *norma jurídica individualizada*, ou simplesmente *norma individual* (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação).

A norma jurídica criada e contida na *fundamentação* do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, as razões de decidir, tema examinado no v. 2 deste *Curso*, no capítulo sobre o precedente judicial. Trata-se de "norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto"[15], que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações. "Ou seja, há necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é voltada especificamente à regulação de um caso concreto"[16].

Essa noção é indispensável para compreender o sistema de precedentes judiciais organizado pelo CPC (arts. 926-928), "súmula vinculante", a repercussão geral no recurso extraordinário (art. 1.035, CPC), incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e segs., CPC), a possibilidade de improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC), temas que serão abordados em outros momentos deste *Curso*.

Há casos, ainda, em que o enunciado normativo é composto por termos de conteúdo indeterminado ou vago. Nesses casos, caberá ao magistrado, diante de uma situação concreta, definir a extensão e o conteúdo destes elementos da hipótese normativa. É o que acontece com os enunciados normativos que contêm conceitos jurídicos indeterminados.

É como afirma Humberto Ávila, reforçando o papel criativo do órgão jurisdicional:

> "É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto"[17].

15. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.
16. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.
17. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 34.

A criatividade judicial pode, ainda, ser justificada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (examinado mais adiante), que proíbe a recusa da prestação jurisdicional *(Verbot der Justizverweigerung)*, no Brasil consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e reafirmado no art. 3º do CPC. "A não-decisão não é permitida"[18]. O art. 140 do CPC ratifica isso: "O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico".

Segundo Luhmann, foi o reconhecimento desta função específica dos tribunais que fez com que eles se libertassem da influência imperial da política[19]. A definição do papel dos tribunais no sistema jurídico deve partir dessa premissa: todo problema que for submetido ao Tribunal precisa ser resolvido, necessariamente. É dizer: ainda que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação, caberá ao magistrado dar uma resposta ao problema, classificando-a como lícita ou ilícita, acolhendo ou negando a pretensão do demandante.

> Exatamente em razão dessa universalização do sistema jurídico, que não pode antecipar quais são as pendências que necessariamente deverão ser resolvidas, pois vedada a não apresentação de resposta pelo Poder Judiciário, é possível constatar que esse mesmo sistema, embora operativamente fechado (vez que as comunicações que nele se operam se reproduzem de acordo com o código que lhe é próprio: lícito/ilícito), é cognitivamente aberto ao mundo, que é contingente, desde que a comunicação que lhe chegue *(input)* seja transformada no código específico da comunicação normativa. Eis um dos principais paradoxos construídos por Luhmann: "a proibição da recusa da Justiça garante a abertura por intermédio do 'fechamento'"[20]. Porque não se pode deixar de decidir, não se pode deixar de ficar aberto àquilo que ainda não foi regrado legislativamente – foi o que aconteceu durante muito tempo com as relações concubinárias e é o que acontece atualmente com as relações homoafetivas,[21] que, não obstante não reguladas expressamente, não deixam de ser solucionadas pelo judiciário. Foi, também, o que aconteceu com os rumorosos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre a *fidelidade partidária* (MS 26.603, rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007) e o *direito de greve dos funcionários públicos* (MI 670, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 25.10.2007), em que, a despeito do silêncio

18. LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico". *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49, p. 160.
19. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 373.
20. LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico"., cit., p. 161.
21. Reconhecendo a união homoafetiva como relação de família: STF, Pleno, ADI n. 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011, publicado no DJe-198; STF, RE n. 68.7432 AgR, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. em 18.09.2012; STJ: STJ, 4ª T., AgRg no REsp n. 805.582/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 21.06.2011, DJe de 08.08.2011; STJ, 2ª S., REsp n. 1085646/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 11.05.2011, publicado no DJe de 26.09.2011.

> legislativo, foi "criada" a norma geral que cuidava daquelas situações concretas a ele submetidas.
>
> Essa criatividade judicial também é bem visível na Justiça do Trabalho, quando os tribunais trabalhistas são chamados a decidir dissídios coletivos, após frustradas as tentativas de negociação extrajudicial, criando a regra geral a ser aplicada a toda categoria profissional.
>
> Arremata Niklas Luhmann, em momento de rara clareza (que por isso mesmo merece transcrição literal): "Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos Tribunais (*Gerichtsbarkeit*) como o paradoxo da transformação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem 'lacunas no Direito'. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa. E somente por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todos os problemas formulados no esquema 'Direito ou não-direito'"[22].

Perceba, então, que a criatividade jurisdicional revela-se em duas dimensões: cria-se a regra jurídica do caso concreto (extraível da conclusão da decisão) e a regra jurídica que servirá como modelo normativo para a solução de casos futuros semelhantes àquele (que se extrai da fundamentação da decisão).

Como já visto no capítulo introdutório deste *Curso*, processo pode ser compreendido como um modo de produção de norma jurídica. O processo jurisdicional, como espécie de processo, é também um meio de produção de norma jurídica. *Sucede que ele não produz apenas a norma jurídica do caso concreto, como se costumava imaginar. O processo jurisdicional também serve como modo de produção da norma jurídica geral construída a partir do exame de um caso concreto, que serve como padrão decisório para a solução de casos futuros semelhantes.* O estudo do processo jurisdicional não pode prescindir desta constatação. *A disciplina jurídica do processo deve sempre levar em conta que são dois os produtos normativos que podem advir de uma decisão judicial.*

Note, ainda, que a criatividade jurisdicional opera-se a partir de dois limites. O órgão julgador limita-se, por um lado, pelos enunciados normativos do direito objetivo (Constituição, leis, regulamentos etc.) e, por outro, pelo caso concreto que lhe foi submetido. Não pode ir além do caso – decidir fora do que foi pedido – nem decidir fora do direito objetivo – dar uma solução que seja contrária ao direito. Estes são os extremos daquilo que pode ser chamado de "zona ou área da criatividade jurisdicional".

22. LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico", cit., p. 163.

1.5. Jurisdição como técnica de tutela de direitos mediante um processo

(d) A jurisdição é uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos. Todas as situações jurídicas ativas (direitos em sentido amplo) merecem proteção jurisdicional. Marcelo Lima Guerra afirma que a jurisdição civil tem a função específica de proteger direitos subjetivos (art. 5, XXXV, CF/1988)[23]. É preciso fazer uma pequena correção ou esclarecimento: "direito subjetivo" deve ser compreendido como sinônimo de situação jurídica ativa, individual ou coletiva, simples ou complexa, direito potestativo ou direito a uma prestação. Todas, sem exceção.

A tutela dos direitos dá-se ou pelo seu reconhecimento judicial (tutela de conhecimento), ou pela sua efetivação (tutela executiva) ou pela sua proteção (tutela de segurança, cautelar ou inibitória). A tutela jurisdicional dos direitos ainda pode ocorrer pela *integração* da vontade para a obtenção de certos efeitos jurídicos, como ocorre na *jurisdição voluntária*, adiante examinada.

O exercício da jurisdição pressupõe o processo prévio, em que se garantam o devido processo legal e seus corolários. Todo Poder exerce-se processualmente.

1.6. A jurisdição sempre atua em uma situação jurídica concreta

(e) É preciso perceber que a jurisdição sempre atua sobre uma *situação concreta*, um determinado problema que é levado à apreciação do órgão jurisdicional. A atuação jurisdicional é sempre *tópica*. O raciocínio do órgão jurisdicional é sempre *problemático*: ele é chamado a resolver um *problema concreto*.

Mesmo nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, há uma situação concreta, embora não relacionada a qualquer direito individual, submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em que se discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de algum específico ato normativo.

A atividade legislativa, por exemplo, cuida de situações abstratas. Como ensina Mauro Cappelletti, "aquilo que distingue o processo jurisdicional daquele legislativo, e que faz com que a criação do Direito por obra dos Juízes permaneça bem distinta da legislação, não é, portanto, uma função abusiva de não criatividade mas, isto sim, uma particular modalidade daquele processo que se traduz na conexão da função judiciária com *cases and controversies*"[24].

> Ensina Carnelutti: "A legislação é uma produção do direito *sub specie* normativa, isto é, uma produção de normas jurídicas; poderíamos

23. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 32-35.

24. CAPPELLETTI, Mauro. "Reflexões sobre a criatividade Jurisprudencial no Tempo presente". *Processo, ideologias e sociedade*. Elício de Cresci Sobrinho (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. 1, p. 17-18.

> dizer, uma produção do preceito em série, para casos típicos, não para casos concretos. A jurisdição, pelo contrário, produz preceitos, ministra direito para cada caso singular; ousarei dizer, não trabalha para armazenar, mas por encomenda, sob medida" [25].

Essa situação concreta pode ser um conflito de interesses (lide), uma situação de ameaça de lesão a direitos (em que se requer uma tutela inibitória), situações jurídicas relacionadas exclusivamente a um indivíduo (pedidos de naturalização ou alteração de nome, por exemplo), enfim; não se pode restringir a jurisdição a um tipo de situação concreta, como a lide. Essa premissa é importante para compreender a natureza jurisdicional da *jurisdição voluntária*, examinada mais à frente.

1.7. Insuscetibilidade de *controle externo*

(f) A função jurisdicional tem por característica marcante produzir a última decisão sobre a situação concreta deduzida em juízo: aplica-se o Direito a essa situação, sem que se possa submeter essa decisão ao controle de nenhum outro poder. A jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição.

A jurisdição, como se sabe, controla a função legislativa (controle de constitucionalidade e preenchimento de lacunas aparentes) e a função administrativa (controle dos atos administrativos), mas não é controlada por nenhum dos outros poderes. À jurisdição cabe dar a última palavra, a solução final ao problema apresentado. Daniel Mitidiero percebe o ponto: a impossibilidade de controle externo é característica da jurisdição[26].

> Perceba que, mesmo nos casos de *indulto* e *anistia*, no Direito Penal, atos não jurisdicionais, não há violação da coisa julgada. O Estado, nestes casos, titular do *jus puniendi* reconhecido por decisão judicial, *renuncia* a esse Direito. Não se decide novamente a questão penal, não se podendo falar, portanto, em controle externo da decisão judicial.

1.8. Aptidão para a coisa julgada

(g) A coisa julgada é situação jurídica que diz respeito exclusivamente às decisões jurisdicionais. Somente uma decisão judicial pode tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada.

Isso não quer dizer que só haverá jurisdição se houver coisa julgada. A existência de coisa julgada é uma opção política do Estado; nada impede que o legislador,

---

25. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Antônio Carlos Ferreira (trad.). São Paulo: LEJUS, 1999, p. 147.
26. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83.

em certas hipóteses, retire de algumas decisões a aptidão de ficar submetida à coisa julgada; ao fazer isso, não lhes tira a "jurisdicionalidade". A coisa julgada é situação posterior à decisão, não podendo dela ser sua característica ou elemento de existência: não se condiciona o "ser" por algo que, no tempo, lhe é posterior.

De fato, a característica que é exclusiva da jurisdição é a aptidão para a definitividade. Só os atos jurisdicionais podem adquirir essa especial estabilidade, que recebe o nome de coisa julgada.

2. EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

2.1. Generalidades

Equivalentes jurisdicionais são as formas não-jurisdicionais de solução de conflitos. São chamados de equivalentes exatamente porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas.

Todas essas formas de solução de conflitos não são *definitivas*, pois podem ser submetidas ao controle jurisdicional.

Os principais exemplos são a autotutela, a autocomposição e o julgamento de conflito por tribunais administrativos (solução estatal não jurisdicional de conflitos).

A arbitragem não é encarada, neste *Curso*, como um *equivalente jurisdicional*. Entende-se que se trata de exercício de jurisdição por autoridade não-estatal. *Não* é equivalente jurisdicional porque é jurisdição. O tema será desenvolvido mais à frente.

2.2. Autotutela

Trata-se de solução do conflito de interesses que se dá pela imposição da vontade de um deles, com o sacrifício do interesse do outro. Solução egoísta e parcial do litígio. O "*juiz da causa*" é uma das partes.

> "La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (tratése de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido politico oficial, profésion o cuerpo, Estado nacional etc.), y aun a veces los dos, como en el duelo on en la guerra, resuelvem o intentam resolver el conflicto pendiente com el otro, mediante su acción directa, en lugar de servise de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso".[27]

27. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1991, p. 50.

Trata-se de solução vedada, como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados. É conduta tipificada como crime: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício arbitrário ou abuso de poder (se for o Estado). Como mecanismo de solução de conflitos, entretanto, ainda vige em alguns pontos do ordenamento. Como hipótese excepcional, diz Niceto Alcalá-Zamora y Castilho, a autodefesa é um conceito negativo ou por exclusão.[28]

São exemplos de autotutela permitida: o desforço incontinenti do possuidor, no caso de violência a sua posse (art. 1.210, §1º, Código Civil), a legítima defesa, o direito de greve, o direito de retenção, o estado de necessidade, o privilégio do poder público de executar os seus próprios atos,[29] a guerra etc. Em qualquer caso, é passível de controle posterior pela solução jurisdicional, que legitimará ou não a defesa privada. Ainda se justifica, em alguns casos, pela impossibilidade de o Estado-juiz estar presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo e pela ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio.

2.3. Autocomposição

É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional.

Autocomposição é o gênero, do qual são espécies: *a) transação:* os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito; *b) submissão:* um dos conflitantes se submete à pretensão do outro voluntariamente, abdicando dos seus interesses. Quando feita em juízo, a *submissão* do autor é denominada de renúncia (art. 487, III, "c", CPC); a do réu é designada como reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, "a", CPC).

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: *a)* dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); *b)*

28. *Proceso, autocomposición y autodefensa.* México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1991, p. 47.
29. Auto-executoriedade é um dos atributos do ato administrativo. Consiste na possibilidade que certos atos ensejam de imediata e direta execução pela própria administração, independentemente de ordem judicial. No direito privado, a exceção é a autotutela; a execução sem título. Aqui, não. É o que os franceses chamam de *privilège d'action d'office* ou *privilège du préalable.* Seria o seguinte desdobramento: exigibilidade (*préalable*), pela qual a Administração toma decisões executórias criando a obrigação para o particular sem necessitar preliminarmente ir a juízo; executoriedade (privilégio da ação de ofício), que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pela força (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 193-194.).

estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); *c)* permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); *d)* permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); *e)* permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190).

O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: "§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

Até mesmo no âmbito do Poder Executivo, a solução negocial é estimulada. A criação de regras que permitem a autocomposição administrativa (por exemplo, a possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais) e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem esta tendência.

Pode-se, inclusive, defender a atualmente a existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição* – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

A autocomposição pode ocorrer após negociação dos interessados, com ou sem a participação de terceiros que auxiliem neste processo. Estes terceiros são os mediadores ou conciliadores. Tendo em vista a importância que a mediação e a conciliação têm adquirido ultimamente, este *Curso* dedica um capítulo inteiro ao tema, mais à frente.

2.4. Julgamento de conflitos por tribunal administrativo (solução estatal não-jurisdicional de conflitos)

Há diversos tribunais administrativos que julgam conflitos.

O Tribunal Marítimo é um deles, cujo âmbito de competência abrange, por exemplo, a decisão sobre acidentes de navegação. Note-se que, embora se trate de órgão auxiliar do Poder Judiciário, a Lei n. 2.180/1954 expressamente menciona que esse Tribunal tem "jurisdição em todo território nacional": "Art. 1º – O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento, tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especificadas nesta Lei".

Não se trata, porém, de órgão jurisdicional: "suas decisões constituem somente elemento de prova em ação judicial, com presunção relativa (*iuris tantum*) de certeza. Manifesta-se quanto a responsabilidade técnica por acidentes de navegação".[30] É o que está prescrito no art. 18 da Lei n. 2.180/1954: "As decisões do Tribunal Marítimo, quanto a matéria técnica referentes aos acidentes e fatos de navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo porém suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário".

> Confira o art. 13, I, da Lei n. 2.180/1954: "Art. 13 – Compete ao Tribunal Marítimo: I – julgar os acidentes e fatos da navegação: a) definindo-lhes a natureza e determinando-lhes as causas, circunstâncias e extensão; b) indicando os responsáveis e aplicando-lhes as penas estabelecidas nesta lei; (...)"

Registre-se, porém, que o Tribunal Marítimo pode funcionar como juízo arbitral, e, portanto, possuir atribuição jurisdicional, se assim for constituído pelos interessados, em litígios patrimoniais consequentes a acidentes ou fatos da navegação (art. 16, "f", da Lei n. 2.180/1954). *Apenas nesses casos pode-se entender que o Tribunal Marítimo produz título executivo judicial,* porque apenas nesses casos exerce *jurisdição (art. 515, VII, CPC); nos demais casos, o Tribunal Marítimo atua como tribunal administrativo. Não por acaso o inciso X do art. 515 do CPC foi vetado pela Presidenta da República: era evidente a sua inconstitucionalidade.*

Raciocínio análogo pode ser aplicado às decisões do Tribunal de Contas, que, do mesmo modo, não exerce função jurisdicional, nem mesmo quando, por exemplo, julga as contas prestadas pelos agentes públicos (art. 71, II, CF/1988). Sua atividade é eminentemente administrativa e, sobretudo, fiscalizatória.

Trata-se de órgão auxiliar do Poder Legislativo. Prova disso está no art. 71, §3º, da Constituição Federal, que afirma que as decisões do Tribunal de Contas da União de que resulte a imputação de débito ou multa têm eficácia de *título executivo extrajudicial*. Seguindo um mau vezo comum na linguagem legislativa, a CF/1988, ao referir ao Tribunal de Contas da União, determina que ele terá "jurisdição em todo o território nacional"; na verdade, exercerá as suas funções administrativas em todo território nacional. Justamente por isso, as decisões dos Tribunais de Contas podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Não obstante isso, há *processo* perante o Tribunal de Contas, de natureza administrativa, pelo qual questões serão decididas por heterocomposição; e, sendo assim, a cláusula do devido processo legal deve ser observada.[31]

---

30. NERY JR, Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 279.
31. "I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União – embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos – tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em

Situação semelhante ocorre com as agências reguladoras.

As agências reguladoras, entidades autárquicas que cuidam da regulação da atividade econômica, possuem, embora entes da administração indireta, funções de criar regras jurídicas gerais (poder normativo regulador da atividade econômica) e de compor conflitos de natureza econômica (função reguladora judicante), além de outras tipicamente executivas. Interessa, agora, a segunda função.

A Agência Nacional de Petróleo tem a competência para fixar o valor e a forma de pagamento da remuneração ao proprietário dos dutos de transporte, caso não haja acordo entre as partes (art. 58, § 1º, Lei n. 9.478/1997). A Agência Nacional de Energia Elétrica tem competência para decidir os conflitos entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores (art. 3º da Lei n. 9.427/1996).

As agências reguladoras têm o poder de dirimir conflitos. Sucede que essa *heterocomposição*, embora formalmente bem parecida com a solução jurisdicional, é apenas um equivalente jurisdicional, na medida em que é possível submeter ao Judiciário o controle das suas decisões, tanto sob o aspecto formal, mas também sob o aspecto substancial (por ofensa ao devido processo legal substancial, por exemplo, ou ao princípio da isonomia).[32]

---

invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, *a fortiori*, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase-jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a 'ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente'. A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão". (STF, Pleno, MS n. 23550/DF, rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJ de 31-10-2001, p. 6).

32. Sobre o controle judicial das decisões das agências reguladoras de um modo geral, com profundidade e extensão, GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*, cit., p. 247-346. Especificamente em relação às decisões do CADE, BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 1997, p. 151; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25-26; MENDES, Conrado Hübner. "Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo Parâmetros de Discussão". *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sundfeld (coord.) São Paulo: Malheiros, 2000, p. 130-131.

> Há quem veja no caso uma *função reguladora judicante*, de natureza jurisdicional ou, ao menos, "quase-jurisdicional".[33] A decisão da agência reguladora constitui "hipótese típica de ato administrativo".[34] Ao analisar o caráter do CADE de órgão 'quase-judicial', Fábio Ulhoa Coelho não titubeia: "Mas a solenidade com que procura revestir seus julgamentos e o detalhamento legislativo da disciplina de tramitação de seus processos administrativos não são fatores suficientes para alterar a qualidade jurídica dos atos emanados do CADE. A sua natureza é igual à dos atos emanados dos demais órgãos administrativos".[35]

O exemplo do CADE também é paradigmático.

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica cabe, por exemplo, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral etc. (art. 9º da Lei n. 12.529/2011). Essa função "judicante" é tão marcante que, no art. 4º da Lei n. 12.529/2011, o legislador chega a reputar o CADE uma autarquia "judicante", com "jurisdição" em todo território nacional.

A decisão de conflito por tribunal administrativo é exemplo de *equivalente jurisdicional*, pois, embora se trate de solução por *heterocomposição* dada por um *sujeito imparcial* diante de uma situação *concreta*, faltam-lhe os atributos da *aptidão para a coisa julgada material* e da *insuscetibilidade de controle externo*, indefectíveis da atividade jurisdicional.

3. ARBITRAGEM

É técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e "imparcial" (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, *heterocomposição*. "Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as

33. Sobre a polêmica, GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 125-127. Há quem considere essa atividade como jurisdicional, mas reconheça a possibilidade de controle de suas decisões perante o Poder Judiciário (PAULA, Daniel Giotti de. "Aplicação do CPC e dos princípios processuais nos processos junto ao CADE". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 55, p. 33).

34. GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*, cit., p. 143.

35. COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12.

divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados".[36]

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. Não se admite arbitragem em causas penais. Ademais, a Emenda Constitucional n. 45/2004 consagra a arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/1988).

A arbitragem, no Brasil, é regulamentada pela Lei n. 9.307/1996. Pode ser constituída por meio de um negócio jurídico denominado convenção de arbitragem que, na forma do art. 3º da Lei n. 9.307/1996, compreende tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral.

Cláusula compromissória é a convenção em que as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem; as partes, antes do litígio surgir, determinam que, uma vez ele ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja o conflito, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem.

Compromisso arbitral é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável.

Para efetivar a cláusula compromissória, costuma ser necessário que se faça um compromisso arbitral, que regulará o processo arbitral para a solução do conflito que surgiu. No entanto, se a cláusula compromissória for *completa* (contiver todos os elementos para a instauração imediata da arbitragem), não haverá necessidade de futuro compromisso arbitral.[37]

> O STF declarou, *incidenter tantum*, no julgamento da homologação de sentença estrangeira SE n. 5.206-7, em 12.12.2001, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos (efetivação da cláusula compromissória); do artigo 41, das novas

36. CINTRA, Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

37. "Muito embora o legislador brasileiro não tenha revolucionado a terminologia predominante, mudou por completo os conceitos: hoje, no Brasil, pode-se instituir arbitragem apenas e tão-somente com base em cláusula compromissória, dispensada a formalidade do compromisso. O compromisso será mera formalidade se a cláusula compromissória for completa: neste caso, por conta do disposto no art. 5º da Lei, bastará acionar os mecanismos predeterminados pelas partes na convenção de arbitragem para que se instaure o juízo arbitral, que se considera instituído com a aceitação, pelo árbitro, do encargo, independentemente de compromisso, repita-se!" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 35).

redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX, do CPC-1973; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Eis algumas características da arbitragem no direito brasileiro:

a) há a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada (art. 2º, §§1º e 2º, Lei n. 9.307/1996): as partes podem escolher qual a regra a ser aplicável, podendo ainda convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio;

b) árbitro (art. 13, Lei n. 9.307/1996): dois são os requisitos exigidos pela lei para o exercício das funções de árbitro: ser pessoa física e ser capaz. Os árbitros têm o *status* de juiz de direito e de fato, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais;

c) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31, Lei n. 9.307/1996), que produz efeitos imediatamente;

d) a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 31, Lei n. 9.307/1996; art. 515, VII, CPC): o árbitro pode decidir, mas não tem poder para tomar nenhuma providência executiva; e) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art. 34 e segs., Lei n. 9.307/1996).

Discute-se, atualmente, a possibilidade de arbitragem nos contratos administrativos, principalmente naqueles relacionados a atividades econômicas submetidas à regulação estatal (telecomunicações, art. 93, XV, da Lei n. 9.472/1997; exploração de petróleo e gás natural, art. 43, inciso X, da Lei n. 9.478/1997) e às parcerias público-privadas.[38]

Mas não é só.

Há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade (arts. 32 e 33, *caput*, Lei n. 9.307/1996). Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, senão de pedir sua anulação por vícios formais. Trata-se de uma espécie de "ação rescisória" de sentença arbitral, que deve ser ajuizada no prazo de noventa dias após o recebimento da intimação da sentença arbitral ou de seu aditamento (art. 33, § 1º, Lei n. 9.307/1996). Note

38. Sobre o tema, com amplas referências, TALAMINI, Eduardo, PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (coord.). Arbitragem e poder público. São Paulo: Saraiva, 2010; AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. "A arbitragem e as parcerias público-privadas". Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/ REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20 JUSTINO.pdf, consultado em 08.08.2007, às 14h36.

que esta ação rescisória apenas se funda em *error in procedendo*, não permitindo a rediscussão do quanto foi decidido.

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo nonagesimal, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada).[39]

Luiz Guilherme Marinoni apresenta, porém, diversos argumentos contrários à natureza jurisdicional da arbitragem.[40]

Afirma o autor que a arbitragem é manifestação da autonomia da vontade e a opção por árbitro implica renúncia à jurisdição, tanto que essa escolha só pode ser feita por pessoas capazes e para tutela de direitos patrimoniais disponíveis. Não parece que essa constatação exclua a natureza jurisdicional da arbitragem. Ao escolher a arbitragem, o jurisdicionado não renuncia à jurisdição; renuncia, isso sim, à jurisdição exercida pelo Estado. É possível afirmar que a jurisdição é monopólio do Estado, mas não é correto dizer que há monopólio de seu exercício. O Estado brasileiro autoriza, não só pela Lei, mas também em nível constitucional (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/1988), o exercício da jurisdição por juízes privados. Perceba-se, ainda, que, ao escolher a arbitragem, os indivíduos não estão abrindo mão das suas garantias processuais básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo legal), porquanto deva o árbitro respeitar todas elas, sob pena de invalidade de sua decisão.

Ao prosseguir em sua argumentação, Marinoni defende que a jurisdição só pode ser exercida por pessoa devidamente investida na autoridade de juiz, sendo indispensável que tenha prestado concurso público – nos termos do art. 93, I da Constituição Federal –, e esse poder é indelegável. Não haveria possibilidade de delegação de poderes atribuídos pela própria Constituição para um árbitro privado. Sucede que a jurisdição não é função exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, pois, p. ex., induvidosamente há órgãos do Poder Legislativo que podem exercer funções jurisdicionais (ex.: quando Senado julga o presidente por crimes de responsabilidade, cf. art. 52, I, CF/1988). E não há que se falar em delegação de poderes, pois os árbitros não tomam do Estado o exercício da jurisdição pública, mas, sim, exercem um tipo especial de jurisdição privada, autorizada pelo Estado. Relembre-se, também, que nem todo magistrado investe-se na função jurisdicional por meio de concurso. Ministros de tribunais superiores são, por exemplo, nomeados pelo Presidente da República. A investidura do árbitro dá-se pela sua designação na convenção de

39. Também considerando a arbitragem como jurisdição, STJ, 2ª S., CC n. 111.230-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 8.5.2013.

40. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 147 e segs.

arbitragem. Não há delegação aí. Haveria se o árbitro, uma vez indicado, delegasse a função a outro sujeito ou se o juiz estatal, uma vez provocado, transferisse, sem convenção de arbitragem, o julgamento da causa a um juiz privado.

Diz Marinoni, ainda, que uma das garantias mais importantes do cidadão frente à jurisdição é o princípio do juiz natural, que assegura a independência e a imparcialidade dos juízes (art. 95, I, II, III, IV e V, e parágrafo único, CF/1988), que devem ter a sua competência predefinida por lei. Ocorre que também a Lei de Arbitragem assegura um juiz imparcial (art. 21, §2º, Lei 9.307/1996), o que de resto é garantia constitucional aplicável a qualquer tipo de processo (estatal ou não-estatal). Demais disso, o árbitro deve ser pessoa de confiança de ambas as partes, escolhido por elas mesmas em ato de natureza normativa e negocial (convenção de arbitragem), o que faz pressupor que será sujeito independente e imparcial. A competência do árbitro é delimitada pela convenção de arbitragem que, como norma jurídica que é, embora negocial, é a "lei prévia" exigida para garantir a efetividade do princípio do juiz natural.

Outro argumento contrário à natureza jurisdicional da arbitragem é o fato de o árbitro não poder executar as suas decisões. A questão, aqui, é de incompetência e não de falta de jurisdição: a lei, ao permitir a arbitragem, atribui-lhe competência apenas para certificar direitos, não para efetivá-los. Basta lembrar, por exemplo, a execução penal: normalmente, o juiz da execução não é o mesmo juiz que proferiu a sentença penal condenatória (art. 65 da Lei n. 7.210/1984). A circunstância de o juiz não ter, neste caso, poder executivo não significa que não esteja investido da função jurisdicional. Falta-lhe, apenas, competência funcional.

Aduz o autor, ainda, que a arbitragem só serve para tutela de direitos patrimoniais disponíveis, restringindo-se à "classe bastante restrita da população", que pode pagar pelos seus custos, e para a solução de contendas que dizem respeito ao mundo empresarial, repleto de peculiaridades técnicas desconhecidas pelos juízes estatais, mas conhecidas pelos árbitros que escolhem. Parece, contudo, que não é esse um argumento contra a natureza jurisdicional da arbitragem. Trata-se de uma correta análise do panorama brasileiro de utilização da arbitragem. Não há impedimento que pessoas economicamente menos favorecidas utilizem a arbitragem como técnica de solução dos seus conflitos, tanto que é prevista a possibilidade de sua instituição na Lei de Juizados Especiais (art. 24, Lei n. 9.099/1995).

Daniel Mitidiero afirma que a arbitragem não é jurisdição, pois a validade de suas decisões pode ser controlada pelo Poder Judiciário ("outra estrutura que não aquela que lhe deu origem").[41] Assim, como uma das características da jurisdição

41. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88.

é, como visto, exatamente a impossibilidade de revisão externa das suas decisões, a decisão arbitral não seria jurisdicional. O argumento só é válido se se partir da premissa de que o árbitro não é juiz e, pois, a decisão do juiz estatal pertence a "outra estrutura"; ou seja, para que a conclusão seja correta, ela mesma precisa ser a sua própria premissa. Quando a conclusão é igual à premissa (como o árbitro não é juiz, e a sua decisão pode ser controlada por um juiz, então ele não é juiz), há tautologia. Se se partir de outra premissa, a de que o árbitro exerce jurisdição, a possibilidade de controle da validade de suas decisões pelo juiz estatal seria uma questão de distribuição de competência funcional: um órgão decide, outro controla a validade da decisão, como já acontece com a competência recursal e a competência para processar e julgar ação rescisória de sentença, que são atribuídas a órgãos distintos daquele que proferiu a decisão que se busca desconstituir.

Some-se a tudo isso o fato de que só podem optar pela arbitragem os sujeitos capazes, titulares de direitos patrimoniais e disponíveis. Trata-se de manifestação de sua autonomia privada, direito potestativo fundamental decorrente do direito à liberdade.

É preciso, porém, fazer um alerta: cláusula contratual que imponha arbitragem compulsória em contrato de adesão, principalmente quando as partes contratantes não estão em igualdade de condições no momento de celebração do negócio, é abusiva, podendo, pois, ser invalidada. Nesse sentido é o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem".

4. PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO

4.1. Territorialidade

Os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do seu Estado; ou seja, nos limites do território da sua jurisdição. A jurisdição, como manifestação da soberania, exerce-se sempre em um dado território.

É com base neste princípio que surge a necessidade de as autoridades judiciárias cooperarem entre si, cada uma ajudando a outra no exercício da atividade jurisdicional em seu território. Surgem as cartas, como atos de comunicação entre órgãos jurisdicionais: a maior parte dos atos de interesse ao processo, que devam ser praticados fora dos limites territoriais em que o juiz exerce a jurisdição, dependerá da cooperação do juiz do lugar. Eis as cartas precatórias (juízes de mesma hierarquia no mesmo país) e rogatórias (juízes de países diversos), conforme o caso.

O CPC mitigou o princípio da territorialidade da jurisdição em algumas hipóteses.

No art. 60, o legislador diz que se o imóvel disputado estiver localizado em mais de Estado, comarca, seção ou subseção judiciárias, a competência do juízo que conhecer da causa se estenderá sobre todo o imóvel, mesmo em relação àquela parte que extrapola os limites territoriais da sua jurisdição.

No art. 255, permite-se a prática de atos de comunicação processual (citação, intimação e notificação) e atos executivos (penhora, p. ex.) em comarcas contíguas (limítrofes) de fácil comunicação ou da mesma região metropolitana, independentemente de carta precatória.

O CPC prevê também a colheita de depoimento à distância (das partes e das testemunhas), por meio de sistema de transmissão de imagem (art. 385, §3º; art. 453, §§1º e 2º). Há, ao que parece, um redimensionamento da territorialidade na jurisdição, em razão das vastas possibilidades de comunicação eletrônica, valendo-se da rede mundial de computadores.

Não se pode confundir a territorialidade da jurisdição com o lugar onde a decisão irá produzir efeitos. A decisão judicial produzirá efeitos onde tiver de produzi-los: uma decisão brasileira pode produzir efeitos no Japão, basta que se tomem as providências para a sua homologação em território japonês; um divórcio feito em Salvador produzirá efeitos em todo território nacional, pois o casal divorciado não deixa de sê-lo em Lauro de Freitas, comarca contígua a Salvador, nem mesmo em território pernambucano, outro Estado da federação; uma decisão que determine que a União tome determinadas providências em aeroportos internacionais produzirá efeitos em todos os aeroportos internacionais do Brasil, e não somente naquele que esteja no território do juiz prolator da decisão. Enfim, o lugar onde a decisão tem de ser proferida não se confunde com o lugar em que ela deve produzir efeitos. Isso é fundamental para compreender o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (n. 7.347/1985), estudado no capítulo dedicado à competência coletiva, no v. 4 deste Curso.

4.2. Indelegabilidade

O exercício da função jurisdicional não pode ser delegado. Não pode o órgão jurisdicional delegar funções a outro sujeito. Essa vedação se aplica integralmente no caso de poder decisório: não é possível delegar o poder decisório a outro órgão, o que implicaria derrogação de regra de competência, em violação à garantia do juiz natural. Há, porém, hipóteses em que se autoriza a delegação de outros poderes judiciais, como o poder instrutório, o poder diretivo do processo e o poder de execução das decisões.

É possível, por exemplo, a expedição pelos tribunais de *cartas de ordem* aos juízes a eles vinculados, solicitando algumas providências (ver, por exemplo, art. 972 do CPC).

Nas cartas precatórias não há delegação, pois sequer há competência (parcela de jurisdição) a ser delegada: o juiz, ao pedir a cooperação, simplesmente o faz porque não pode agir, daí porque também não poderia delegar.

Permite-se ao STF delegar atribuições para a prática dos atos processuais (art. 102, I, "m", CF/88) relacionados à execução dos seus julgados. Essa delegação deve ser feita a juízes de primeira instância[42] e somente pode dizer respeito à prática de atos executivos, jamais decisórios.[43] "Qualquer incidente do processo executivo que demande julgamento deve, consequentemente, ser submetido à apreciação do tribunal".[44] Ao *Superior Tribunal de Justiça* compete processar e julgar originariamente as causas previstas no art. 105, I, da CF/88, que, diversamente do que ocorre em relação ao STF, não prevê expressamente a competência para a execução de seus julgados, que deve ser considerada como *implícita* (*implied power*) – sobre competência implícita, ver o capítulo deste *Curso* sobre competência.

O inciso XI do art. 93 da CF/88 autoriza a *delegação* da competência do Tribunal Pleno para o órgão especial deste mesmo Tribunal: "Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno". O Tribunal Pleno compõe-se da totalidade dos membros do tribunal, independentemente da antiguidade. Trata-se de delegação *permitida* pela Constituição Federal, que "depende de ato dos delegantes, consubstanciado nas normas de criação do órgão da sua competência. Matérias excluídas dessas normas só poderão ser entregues ao órgão especial por delegação específica".[45]

É preciso lembrar, ainda, a regra do inciso XIV do art. 93 da CF/88, que expressamente permite a delegação, a serventuário da justiça, do poder de praticar atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório. Trata-se de regra introduzida no texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 45/2004. O inusitado desta alteração constitucional é a introdução, no texto da Carta Maior, de regra sem conteúdo constitucional propriamente dito.

---

42. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4, p. 101; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183.
43. "Seria absurdo que, em causa de sua competência *originária*, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça ou qualquer outro tribunal ficasse vinculado a decisões proferidas por autoridade judiciária inferior, ou que só pudesse modificá-las se houvesse *recurso*. Bem se vê que delegação dessa natureza importaria comprometimento desmesurado da competência originária" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 121).
44. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 121. A propósito, o art. 343 do RISTF e art. 304 do RISTJ.
45. BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 34.

O inciso VI do art. 152 do CPC ratifica essa regra constitucional. O §1º desse mesmo artigo determina que o juiz "editará ato a fim de regulamentar a atribuição prevista no inciso VI". Tanto atos jurisdicionais não-decisórios quanto atos administrativos[46] podem ser delegados. O §4º do art. 203 do CPC aponta exemplos desses atos que podem ser praticados pelo servidor: juntada de peças e vista obrigatória.

4.3. Inafastabilidade

Prescreve o inciso XXXV do art. 5º da CF/1988: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Desse enunciado decorre o chamado *princípio da inafastabilidade da jurisdição*. O principal efeito desse princípio é o *direito fundamental de ação*, também designado como direito de acesso ao Poder Judiciário, direito de acesso à justiça ou direito à jurisdição.

> O *caput* do art. 3º do CPC praticamente reproduziu o dispositivo constitucional. A única mudança digna de registro foi a troca de "apreciação do Poder Judiciário" por "apreciação jurisdicional". A mudança é correta, pois a jurisdição pode ser exercida fora do Poder Judiciário, como acontece no caso em que o Senado exerce jurisdição e na arbitragem. Substancialmente, porém, o enunciado é o mesmo e a norma dele decorrente também tem natureza constitucional, a despeito da sua previsão no CPC.

O direito de ação é um complexo de situações jurídicas. Não se trata de direito de conteúdo eficacial único. O direito de ação contém o direito de provocar o Judiciário, o direito de escolher o procedimento, o direito à tutela jurisdicional e o direito ao recurso, por exemplo. O tema será examinado, em item específico, no capítulo sobre a Teoria da Ação.

Quando a Constituição refere à impossibilidade de exclusão de lesão ou ameaça de lesão da apreciação jurisdicional quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de *alegação* de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor

46. Maria Lúcia L. C. de Medeiros entende que o inciso não autoriza a delegação de poder de polícia (a presidência de uma audiência de instrução, p. ex.): "Quer-nos parecer que a menção a *atos de administração* apenas reforça a ideia contida na regra, que é a de retirar do juiz a tarefa de realizar atividades burocráticas, quase que automáticas, de impulso do processo. Desafoga-se o juiz, afastando dele essa incumbência e permitindo que melhor desempenhe as atividades jurisdicionais. Paralelamente a isso, aproveita-se mais o trabalho dos auxiliares da Justiça, comprometendo-os também na tarefa de proporcionar a todos uma atividade jurisdicional mais eficiente". ("O inciso XIV do art. 93 da CF". *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 492.

razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato. O direito de ação é o direito à decisão judicial *tout court*.

Este princípio não se dirige apenas ao Legislativo – impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional –, mas também a todos quantos desejem assim proceder, pois, "se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá" excluir algo da apreciação do Poder Judiciário.[47] A arbitragem não é uma exceção à norma: é que, neste caso, o problema não deixa de ser submetido à jurisdição. A diferença é que o órgão jurisdicional não é estatal: trata-se de órgão julgador escolhido pelos litigantes, no exercício do poder de autorregramento da vontade. Não por acaso, o §1º do art. 3º do CPC, cujo *caput* reproduz o enunciado do princípio da inafastabilidade, cuida do direito à instituição do juízo arbitral, nos termos da lei.

A Constituição é, ainda, peremptória:[48] não há matéria que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário – ressalvadas raríssimas exceções por ela mesma postas, como a do processamento e julgamento de certas autoridades em certas hipóteses (art. 52, I e II, CF/1988)[49]. Note que, embora a questão seja afastada do Poder Judiciário, não é afastada da *jurisdição*: o Senado exerce, no caso, função jurisdicional.

O ordenamento constitucional anterior falava apenas em proteção a direito individual. Não há mais esta limitação, pois a própria Constituição de 1988 consagrou, em diversos dispositivos, a tutela dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito). Com inclusão da tutela jurisdicional da ameaça – inexistente na ordem anterior, constitucionalizou-se a tutela preventiva, a tutela de urgência, a tutela contra o perigo, legitimando ainda mais a concessão de tutela fundada em cognição sumária. A Constituição é clara ao prescrever a tutela reparatória e a tutela preventiva.

Houve época em que se tentou excluir do exame do Poder Judiciário a apreciação de certos atos administrativos, tais como os baseados nos Atos Institucionais do Golpe Civil e Militar de 1964. Esta proibição surgiu a partir de emendas constitucionais manifestamente inconstitucionais, porquanto não poderiam violar uma garantia fundamental (direito de ação), que é estruturante do Poder Constituinte. O Ato Institucional n. 05/1968 estipulou, em seu art. 11, esta exclusão. Embora este

47. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *O Estado de direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício)*, p. 73, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. Malheiros: 1999, p. 202.

48. Sobre as exceções a este princípio, encontradas ao longo da experiência republicana, WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980, p. 39-41.

49. Note que, mesmo nestes casos, não há afastamento da apreciação jurisdicional. A diferença é que, no caso, o Senado, atipicamente, exerce função jurisdicional, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

dispositivo violasse frontalmente a Constituição de 1967 (art. 150, §4º), pela Emenda Constitucional 01/69 – para alguns, outra Constituição –, o AI 05 foi constitucionalizado, pois seus arts. 181 e 182 determinavam que se excluíssem da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados pelo comando do Golpe de 1964.

Questão controvertida diz respeito à possibilidade de o legislador condicionar a provocação jurisdicional ao esgotamento prévio da discussão em âmbito administrativo.

Em relação às questões desportivas, há regra que decorre de expresso texto constitucional que resolve o problema: as questões desportivas devem ser resolvidas inicialmente perante a justiça desportiva para que, após o esgotamento das possibilidades, possam ser remetidas ao exame do Poder Judiciário[50].

A Constituição anterior permitia que, em relação a algumas matérias, se impusesse o esgotamento obrigatório das instâncias administrativas antes do ingresso no Judiciário – art. 153, §4º, da CF/1967, que funcionava como uma espécie de condição de procedibilidade.[51] A CF/1988 não repetiu a ressalva.

Sucede que há diversas leis que ainda exigem, em algumas situações, o esgotamento administrativo da controvérsia antes da provocação do Poder Judiciário (por exemplo: art. 7º, §1º, Lei n. 11.417/2006; art. 8º, par. ún., Lei n. 9.507/1997). Fica a dúvida: essas leis são constitucionais? É constitucional criar uma restrição como essa ao exercício do direito de ação?

A resposta não é simples.

Direitos fundamentais podem sofrer restrições por determinação legislativa infraconstitucional. É necessário, porém, que esta restrição tenha justificação razoável. No caso, em juízo *a priori*, não parece inconstitucional o condicionamento, em certos casos, da ida ao Judiciário ao esgotamento administrativo da controvérsia. É abusiva a provocação desnecessária da atividade jurisdicional, que deve ser encarada como *ultima ratio* para a solução do conflito. Se o demandante demonstrar que, naquele caso, não pode esperar a solução administrativa da controvérsia – há urgência no exame do problema, por exemplo, a restrição revela-se, assim, indevida, e deve ser afastada, no caso, pelo órgão julgador. Note, então, que a análise da possibilidade de condicionamento do ingresso no Judiciário transfere-se para o caso concreto. Em suma: pode a lei restringir, em certos casos, o acesso ao Judiciário;

50. Art. 217, §1º, da CF/1988: "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei."

51. Art. 153, §4º, da CF/1967, com a redação da EC n. 07/1977: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido."

se, porém, revelar-se abusiva, de acordo com circunstâncias particulares do caso concreto, esta restrição pode ser afastada pelo órgão julgador.

> No julgamento do RE n. 631.240, em 27.08.2014, o STF entendeu que é necessário o prévio requerimento administrativo antes de o segurado recorrer à justiça para a concessão de benefício previdenciário. Sem esse prévio requerimento, faltaria interesse de agir. Se o requerimento administrativo for negado, total ou parcialmente, bem como quando não for apreciado pelo INSS no prazo de quarenta e cinco dias, poderá o segurado propor a ação perante o Judiciário. O STF não exige o esgotamento administrativo da controvérsia, mas exige o prévio requerimento, nos termos do voto do relator, Min. Roberto Barroso: "Negado o benefício, não há impedimento ao segurado para que ingresse no Judiciário antes que eventual recurso seja examinado pela autarquia". O STF, contudo, considerou não haver necessidade de formulação de requerimento administrativo prévio para que o segurado ingresse judicialmente com pedidos de revisão de benefícios, a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato. Acrescentou ainda que a exigência de requerimento prévio também não se aplica nos casos em que a posição do INSS seja notoriamente contrária ao direito postulado.
>
> A 2ª Seção do STJ, ao apreciar, de acordo com procedimento de recursos repetitivos, o REsp n. 1.349.453-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 10.12.2014, DJe 2.2.2015, decidiu "a propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, *a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável* e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária".

Examinado o problema da jurisdição condicionada, podemos ir adiante.

Nosso sistema jurídico adota a jurisdição una.[52] Diferentemente do que ocorre em França, por exemplo, não há uma jurisdição administrativa para o conhecimento de causas originárias de atos da administração. No Brasil, a jurisdição pode conhecer de qualquer espécie de problema jurídico.

Interessante questão, que deriva desta inovação constitucional, diz respeito às leis que proíbem ou limitam a concessão de medidas de urgência

52. Durante a Colônia e o Império, o Brasil esteve filiado ao sistema da jurisdição dúplice, com frequente uso do contencioso administrativo. O sistema da jurisdição una foi implantado com a Constituição de 1891.

– notadamente em face do Poder Público. No julgamento da medida cautelar na ADIN 223-DF (o inteiro teor deste acórdão é leitura obrigatória), o Supremo Tribunal Federal considerou constitucionais tais restrições, o que não impede, contudo, que o órgão julgador, no caso concreto que lhe for submetido, aprecie a constitucionalidade/razoabilidade da restrição.[53] A lei que restringe não é inconstitucional em tese, mas pode revelar-se com esse vício quando concretizada. O raciocínio é semelhante ao que foi feio no exame do problema da jurisdição condicionada.

O direito de ação pertence a todos quantos aleguem ter sido lesados em seus direitos ou que estejam em vias disso. Não apenas as pessoas naturais, mas também as pessoas jurídicas e algumas entidades despersonalizadas, como órgãos administrativos (PROCON, p. ex.) ou as chamadas pessoas formais (condomínio, massa falida, espólio etc.) têm o direito de formular pretensão perante o Poder Judiciário. Todo sujeito de direito tem o direito de ação. Tem o direito de ação todo aquele que tem capacidade de ser parte – sobre a capacidade de ser parte, ver capítulo dedicado aos pressupostos processuais, neste volume do *Curso*.

O direito de ação é, ainda, qualificado com todos os atributos próprios do devido processo legal – já examinados no capítulo dedicado aos princípios do processo. Assim, o direito de ação não apenas garante a mera provocação do Poder Judiciário. O direito de ação é o direito a uma jurisdição qualificada; direito a uma jurisdição tempestiva, adequada e efetiva.

São estes os principais aspectos a serem ressaltados na caracterização da garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário. São os elementos necessários para a compreensão de vários problemas que dela decorrem. Por exemplo: a) a possibilidade de controle jurisdicional das decisões administrativas discricionárias, inclusive as proferidas por agências reguladoras (CADE, CVM etc.); b) A inconstitucionalidade da exigência de conciliação prévia para a instauração do processo trabalhista (consoante, inclusive, já decidido pelo STF, que concedeu liminar nas ADIN's 2.139 e 2.160, j. em 13.05.2009, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 625-D da CLT, no sentido de que a conciliação prévia é uma opção do reclamante, não uma imposição); c) a inconstitucionalidade da arbitragem compulsória por força de lei (não confundir com a arbitragem convencional permitida – Lei n. 9.307/1996 –, mas não imposta, pela lei).

53. Eis excerto do voto de Sepúlveda Pertence, nesta ADIN: "Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva".

4.4. Juiz natural

Uma das principais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal é a do direito fundamental ao juiz natural.

Trata-se de garantia fundamental não prevista expressamente, mas que resulta da conjugação de dois dispositivos constitucionais: o que proíbe juízo ou tribunal de exceção e o que determina que ninguém será processado senão pela autoridade competente (incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CF/88). Trata-se essa garantia de uma conquista moderna.[54]

Explica o conteúdo do princípio Luigi Ferrajoli:

> "Ela significa, precisamente, três coisas diferentes, ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais.
>
> No primeiro sentido, expresso por exemplo pelo art. 25 da Constituição italiana, o princípio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e portanto destinada a um resultado determinado. No segundo sentido, deduzível com alguma incerteza do mesmo art. 25 e do art. 102, par. 1º, designa a reserva absoluta da lei e a impossibilidade de alteração discricionária das competências judiciais. No terceiro sentido, expresso pelo art. 102, par. 1º, da Constituição, mas derrogado pelas jurisdições especiais previstas pelo art. 103, como também pela justiça política reservada pelos arts. 90 e 134 aos crimes presidenciais, trata-se de um princípio de organização que postula a unidade da jurisdição e o seu monopólio conservado em uma mesma classe. Enquanto a pré-constituição legal do juiz e a inalterabilidade das competências são garantias de imparcialidade, sendo voltadas a impedir intervenções instrumentais de tipo individual ou geral na formação do juiz, a proibição de juízes especiais e extraordinários é antes uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e os mesmos procedimentos".[55]

Juiz natural é o juiz devido. À semelhança do que acontece com o devido processo legal e o contraditório, o exame do direito fundamental ao juiz natural tem um aspecto objetivo, formal, e um aspecto substantivo, material.

Formalmente, juiz natural é o juiz competente de acordo com as regras gerais e abstratas previamente estabelecidas. Não é possível a determinação de um juízo

54. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 472.
55. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 472.

post facto ou *ad personam*. A determinação do juízo competente para a causa deve ser feita com base em critérios impessoais, objetivos e pré-estabelecidos. *Tribunal de exceção* é aquele designado ou criado, por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso. Os juízes de exceção são juízes *ad hoc* e estão vedados.

> "...a exigência de pré-constituição do órgão jurisdicional competente, entendendo-se este como o agente do Poder Judiciário, política, financeira e juridicamente independente, cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor. Só mesmo as modificações de competência através de normas regularmente editadas, bem como as substituições previstas em lei, o desaforamento e a prorrogação da competência, é que, na oportuna advertência de José Frederico Marques, 'não entram em colisão com a aludida garantia', até porque – complementa – efetivados em regime de estrita legalidade".[56]

A jurisdição só poderá ser exercida por quem tenha sido regularmente investido nas funções de juiz. Esta investidura pode ocorrer de diversas maneiras: nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado; indicação do Governador; nomeação após concurso público; indicação em convenção de arbitragem etc. Sem ter sido regularmente investido na condição de juiz, ninguém poderá exercer a função jurisdicional. Há quem veja nisso a eficácia normativa de um princípio próprio da jurisdição: o chamado *princípio da investidura*. Bem examinadas as coisas, porém, vê-se que se trata, em verdade, de um conteúdo do princípio do juiz natural: para que possa ser competente, é imprescindível que o ente seja, antes, um órgão jurisdicional.

Substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos magistrados. Não basta o juízo competente, objetivamente capaz, é necessário que seja imparcial, subjetivamente capaz.

> Ratificando o aspecto *substancial* do princípio do juiz natural, o STF entendeu, em 1993, que não havia "juiz natural" no Estado de Roraima para julgar ação popular em que eram réus todos os desembargadores do Tribunal de Justiça deste Estado, porquanto todos os juízes de direito que existiam à época (apenas seis) eram recém-empossados e, assim, ainda não haviam adquirido vitaliciedade, não possuindo a independência necessária para conduzir o processo e julgar a referida ação popular: "Ora, estando os juízes de 1º grau da Justiça de Roraima ainda em estágio probatório, assim sem a garantia de vitaliciedade, dependentes justamente daqueles que irão julgar – todos os desembargadores são réus na ação popular –, não há, no Estado de Roraima, possibilidade de realização do devido processo

56. TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 30.

> legal, dado que um dos componentes deste, o juiz natural, conceituado este como juiz com garantias de independência, juiz imparcial, juiz confiável, não existe, no caso". (STF, Pleno, Rcl n. 417, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.03.1993, publicado no DJ de 16.04.1993).

As regras de distribuição servem exatamente para fazer valer a garantia do juiz natural: estabelecem-se critérios prévios, objetivos, gerais e aleatórios para a identificação do juízo que será o responsável pela causa. É por isso que o desrespeito às regras da distribuição por dependência implica incompetência absoluta. Não se desconhecem as tentativas de "escolha" do juiz, quer com a postulação em períodos de recesso ou em plantões, com a ciência de qual tal juiz será o responsável pela decisão, quer com a burla ao sistema informatizado de distribuição.

Proíbem-se, portanto, o poder de comissão (criação de juízos extraordinários)[57] e o poder de avocação (alteração das regras predeterminadas de competência).

> Explica a proibição do poder de avocação, Cristiane Catarina de Oliveira Ferreira: "Apenas a Constituição é que pode atribuir jurisdição, e essa não pode sofrer interferência do executivo ou do legislativo, no sentido de diminuí-la. Consequência é que não é possível deixar ao executivo possibilidade de substituição de juízes ou interferir na atividade jurisdicional dos órgãos judiciários".[58]
>
> E arremata Luigi Ferrajoli: "...o problema do juiz natural relaciona-se, hoje, essencialmente, ao poder de avocação, isto é, ao perigo de prejudiciais condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los, sejam judicantes ou inquiridores; e que o único modo de satisfazer plenamente o princípio é pré-constituir por lei critérios objetivos de determinação da competência de cada magistrado singularmente, e não só dos órgãos a que eles pertencem".[59]

Mas não é só.

Não viola o princípio do juiz natural a criação de varas especializadas, as regras de competência determinada por prerrogativa de função, a instituição de Câmaras de Recesso em tribunais, porque em todas essas situações as regras são gerais, abstratas e impessoais.

> "Uma vez respeitada a regra de competência constitucional que define o Tribunal de Justiça como o juiz natural dos Prefeitos Municipais,

57. "Polemizando com os abusos da justiça comissarial, os pontos 3, 7, 8 e 9 da *Petition of Rights* de 1628, e ainda o art. 3 do *Bill of Rights* de 1689, reivindicam pela primeira vez a não derrogação da 'justiça ordinária' e, com isto, a nulidade de qualquer 'comissão' ou 'comissário real' instituído *post factum*, por causa do seu caráter ilegal e pernicioso" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, cit., p. 472).

58. "Visão atual do princípio do juiz natural". *Processo e constituição*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 104.

59. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 474.

> nas causas de índole penal, nada impede que o Estado-membro – que possui atribuição privativa para dispor sobre organização judiciária local – venha a prescrever que o julgamento das ações penais originárias seja realizado pelo Pleno do Tribunal de Justiça, ou por qualquer de seus órgãos fracionários". (STF, 1ª. T., AI n. 177.313/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.04.1996.)

Antes da EC n. 45, que alterou constitucionalmente o Poder Judiciário, o art. 126 da CF/88 tinha a seguinte redação: "Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias". Uma interpretação apressada poderia dizer que o artigo autorizava o poder de avocação, transferindo ao tribunal a tarefa de "designar" o juiz que julgaria as questões agrárias. A redação do artigo foi bastante melhorada com a emenda constitucional, deixando clara a necessidade de respeito à garantia do juiz natural: "Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias".

Fala-se em princípio do promotor natural, já que a Constituição se refere a "autoridade competente".[60] Defendemos, na verdade, que a garantia do juiz natural se espraia, inclusive, para o âmbito administrativo: a) em tribunais administrativos, os juízes devem ser determinados com a observância dos critérios aqui apontados; b) em repartições administrativas, as autoridades responsáveis pela decisão de requerimentos também devem ser designadas por critérios objetivos e impessoais.

5. A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

5.1. Generalidades

Também chamada de jurisdição integrativa, a jurisdição voluntária é um daqueles assuntos clássicos da dogmática processual, que acirra os ânimos doutrinários, sobre o qual, depois de tanto tempo, é difícil saber o que de definitivo já se construiu. Já se disse, inclusive, que a jurisdição voluntária nem é jurisdição nem é voluntária.

Por conta disso, adotamos a seguinte metodologia para a exposição do tema: primeiramente, cuidaremos das características gerais da jurisdição voluntária, aceitas com razoável tranquilidade em nível doutrinário; depois, examinaremos, separadamente, os argumentos da corrente doutrinária que nega à jurisdição voluntária a natureza jurisdicional; finalmente, trataremos dos argumentos da corrente doutrinária que reputa a jurisdição voluntária atividade tipicamente jurisdicional.

---

60. Sobre o tema, amplamente, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *O princípio do promotor natural*. Salvador: Editora JusPodivm, 2004.

A jurisdição voluntária é uma atividade estatal de integração e fiscalização. Busca-se do Poder Judiciário a integração da vontade, para torná-la apta a produzir determinada situação jurídica. Há certos efeitos jurídicos decorrentes da vontade humana, que somente podem ser obtidos após a integração dessa vontade perante o Estado-juiz, que o faz após a fiscalização dos requisitos legais para a obtenção do resultado almejado.

> "Jurisdição voluntária é uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica".[61]

> Leonardo Greco chega a dizer que o aspecto funcional da jurisdição voluntária é, exatamente, ser uma tutela estatal de interesse privado; "ou seja, a autoridade responsável deve desempenhar a função que a lei lhe atribui em caráter assistencial, ou seja, no interesse dos sujeitos aos quais se dirige o seu ato, não no interesse do Estado, nem no intuito de resolver qualquer litígio".[62]

Por isso, diz-se que a jurisdição voluntária não é voluntária: não há opção. Se tais atos da vida privada só podem ser exercidos por meio da jurisdição voluntária, de voluntária ela nada tem. Leonardo Greco lembra, porém, que há situações em que a parte se dirige ao Poder Judiciário para obter uma autorização/aprovação, que não era obrigatória; em outros casos, a lei apenas permite, não impõe, a intervenção judicial, como nos casos da notificação judicial e da homologação de divórcio consensual sem filhos menores; há casos, ainda, em que o pedido sequer estava previsto, como na hipótese de um médico pedir a autorização para realizar cirurgia de emergência em uma Testemunha de Jeová.[63] Não há, portanto, uma sistematização legal da questão, embora se possa reconhecer que a regra é a da obrigatoriedade.

À jurisdição voluntária aplicam-se as garantias fundamentais do processo, necessárias à sobrevivência do Estado de Direito,[64] bem como todas as garantias da magistratura, asseguradas constitucionalmente. Em relação aos poderes processuais do magistrado, a doutrina aponta duas características da jurisdição voluntária.

a) Inquisitoriedade. Doutrinadores defendem que prepondera, nos procedimentos de jurisdição voluntária, o princípio inquisitivo. O órgão jurisdicional, em

61. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 11.
62. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17.
63. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 12. Em relação a esses casos não-previstos, o autor os considera como de jurisdição contenciosa (p. 42).
64. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 31.

algumas situações, tem a iniciativa do procedimento: art. 738 (arrecadação de bens de herança jacente), art. 744 (arrecadação de bens do ausente) e art. 746 (convocação para retirada de coisa vaga depositada), CPC. Além disso, como se verá adiante, pode o órgão jurisdicional adequar o processo e a sua decisão às peculiaridades da causa, sem ater-se à legalidade estrita (art. 723, par. ún., CPC). De resto, os aspectos de inquisitoriedade do procedimento de jurisdição voluntária não se distinguem do procedimento de jurisdição contenciosa.

b) Possibilidade de decisão fundada em equidade. De acordo com o par. ún. do art. 723 do CPC, pode o órgão jurisdicional, na jurisdição voluntária, não observar a legalidade estrita, decidindo de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. O enunciado é velho (consta do texto originário do CPC-1973) e foi criado para conferir ao órgão jurisdicional uma maior margem de discricionariedade, tanto na condução do processo quanto na prolação da decisão em jurisdição voluntária.[65]

Permite-se uma espécie de juízo de equidade na jurisdição voluntária. A regra parece dizer o que já se sabe: que a atividade jurisdicional não é uma atividade de mera reprodução do texto da lei, há criatividade judicial, notadamente por conta da abertura própria dos princípios e, sobretudo, pelo dever de observância dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, que exigem do órgão jurisdicional a atenção redobrada na produção da justiça do caso concreto.

> Como corretamente percebeu Fernando Gajardoni, o par. ún. do art. 723 do CPC (o autor referia-se ao art. 1.109 do CPC-1973, de conteúdo idêntico) estabelece uma regra geral de flexibilização procedimental, permitindo ao órgão jurisdicional a adaptação do procedimento da jurisdição voluntária às peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo, a não-realização de determinado ato que, no caso concreto, se revela desnecessário, como o interrogatório do interditando que se encontra em coma.[66]

---

65. Admitindo apenas a discricionariedade na decisão, mas não na condução do processo, STJ, REsp n. 623.047-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi: "Não se hesita em aplicar o art. 1109 do CPC nas ações de jurisdição voluntária típicas quando se reputar mais conveniente ou oportuna. Todavia, intangíveis são as regras processuais que cuidam do direito de defesa da parte requerida, especialmente quando se trata de ação de interdição, de caráter indisponível e que privará o interditando da administração da sua vida. Ademais, o disposto no referido artigo é direcionado a modificação das regras para decidir o processo, isto é, permite, por exemplo, ao juiz julgar com base na equidade, que nada mais é do que a solução mais adequada à situação concreta, mesmo que haja regra legal aplicável à situação. Este é o limite da afirmação legal de que o juiz não está vinculado à legalidade estrita. Assim, não se extrai do art. 1.109 do CPC autorização para que o juiz deixe de praticar os atos processuais inerentes ao procedimento, máxime quando se tratar daquele que representa o direito de defesa da parte requerida". O correspondente ao art. 1.109 do CPC-1973 é o par. ún. do art. 723 do CPC. Nesta linha, com expressa referência a esse julgado, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.* São Paulo: RT, 2008, p. 936. Os autores admitem, porém, a "conformação do formalismo processual" se houver respeito ao contraditório e concordância de todos os interessados com a adequação do processo proposta pelo órgão jurisdicional. Também não vendo o dispositivo como autorizante de adequação jurisdicional do processo, OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial – a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115.

66. GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 145-147.

> Interessante, também, a menção a um exemplo prático de aplicação da regra na *decisão* em jurisdição voluntária. A *guarda compartilhada* dos filhos do casal foi regulamentada no Código Civil (arts. 1.583-1.584 do Código Civil, inicialmente em 2008, com alterações feitas pela Lei n. 13.058/2014). Não obstante isso, os magistrados sempre a admitiram, mesmo sem texto expresso de lei, na homologação de separações/divórcios consensuais que a contivessem, exatamente porque entendiam ser a solução mais justa do caso concreto. A jurisprudência antecipou-se à consagração legislativa da guarda compartilhada. O art. 1.109 do CPC-1973 exerceu, no particular, papel muito importante.

Do ponto de vista procedimental, há regras comuns (arts. 719-725) e especiais (arts. 726 e segs.). Instaura-se o processo por petição inicial, por provocação do interessado, do Ministério Publico ou da Defensoria Pública (art. 720, CPC)[67], com atribuição de valor da causa (que, no caso, é estimado pelo autor) e identificação da providência judicial almejada; as despesas processuais, de acordo com o art. 88 do CPC, são antecipadas pelo requerente e rateadas entre todos os interessados; os interessados têm o prazo de quinze dias para poder manifestar-se (art. 721 do CPC); a Fazenda Pública será sempre ouvida, nos casos em que tiver interesse (art. 722, CPC); o Ministério Público será ouvido, apenas nos casos do art. 178 do CPC (art. 721); o pedido será resolvido em dez dias, por sentença, que é apelável (arts. 723-724 do CPC).

> "Na verdade, encerram-se por sentença os procedimentos cognitivos, que exigem do juiz um provimento declaratório ou constitutivo. Já os procedimentos meramente receptícios, probatórios ou executivos, que não visam a um provimento declaratório ou constitutivo, se encerram com o desempenho das atividades que lhes são próprias, não cabendo ao juiz proferir sentença, pois não há fatos a serem acertados, nem direitos a serem declarados ou criados. A sentença, nesses casos, não representa a entrega da prestação jurisdicional, mas a simples declaração de que a jurisdição já foi exercida e de que o respectivo procedimento está extinto".[68]

São pedidos que tramitam pelo procedimento comum de jurisdição voluntária (art. 725, CPC): emancipação (inciso I); sub-rogação (inciso II); alienação, arrendamento ou oneração de bens de crianças ou adolescentes, de órfãos e de interditos (inciso III); alienação, locação e administração da coisa comum (inciso IV); alienação de quinhão em coisa comum (inciso V); extinção de usufruto, quando não decorrer da morte do usufrutuário, do termo da sua duração ou da consolidação, e de fideicomisso, quando decorrer de renúncia ou quando ocorrer antes do evento que

67. Há procedimentos de jurisdição voluntária que podem começar *ex officio*, como visto.
68. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 55.

caracterizar a condição resolutória (inciso VI); expedição de alvará judicial (inciso VII); homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor (inciso VIII).

> Uma observação sobre o art. 725, VI, CPC. Somente esses casos de extinção de usufruto e de fideicomisso vão para a jurisdição voluntária, pois apenas eles exigem a demonstração de circunstâncias especiais. As outras hipóteses, porque bem singelas, podem ser averbadas diretamente no registro, pelo registrador (morte, implemento do termo etc.). ver. art. 1410, extinção do usufruto, art. 1.410 do Código Civil; sobre a caducidade do fideicomisso, arts. 1.955 e 1.958 do Código Civil.

São procedimentos especiais de jurisdição voluntária: notificação, interpelação e protesto; alienação judicial; homologação de divórcio e separação consensuais; homologação de extinção consensual da união estável; alteração consensual de regime de bens do matrimônio; abertura de testamento e codicilo; arrecadação de bens da herança jacente; arrecadação de bens dos ausentes; arrecadação de coisas vagas; interdição; organização e fiscalização das fundações; ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo.

5.2. Classificação dos procedimentos de jurisdição voluntária de Leonardo Greco[69]

Adotamos a classificação dos procedimentos de jurisdição voluntária de Leonardo Greco, que é bastante útil para a visualização do problema. O autor divide os procedimentos de jurisdição voluntária em seis espécies:

> *a) receptícios:* a atividade judicial limita-se a registrar, documentar ou comunicar manifestações de vontade. Ex.: notificações, interpelações e protestos.
>
> *b) probatórios:* a atividade judicial limita-se à produção da prova. Ex.: justificação. Há controvérsia sobre a produção antecipada de prova, se voluntária ou contenciosa. Greco entende que dependerá do processo principal a que sirva.
>
> *c) declaratórios:* o magistrado limita-se a declarar a existência ou inexistência de uma situação jurídica, como nos casos da extinção de usufruto (art. 725, VI, do CPC), na confirmação do testamento particular (arts. 735 e segs. do CPC).
>
> *d) constitutivos:* são aqueles em que a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica dependem da concorrência da vontade do juiz, por meio de autorizações, homologações, aprovações etc.

69. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 27-29.

Exemplos.: interdição (arts. 747 e segs., CPC); emancipação (art. 725, I, CPC); sub-rogação de gravames ou bens inalienáveis (art. 725, II, CPC); alienação, arrendamento ou oneração de bens de incapazes (art. 725, III, CPC); locação ou administração de coisa comum (art. 725, IV, CPC); dúvidas e retificações de registros públicos (arts. 109, 198, 204 e 213 da Lei de Registros Públicos); aprovação do estatuto das fundações (arts. 764 do CPC); divórcio consensual e separação consensuais, extinção consensual de união estável e alteração do regime de bens do matrimônio (arts. 731 e segs., CPC); homologação de transação sobre questão não posta em juízo (art. 515, §2º, e art. 725, VIII, CPC); opção de nacionalidade (art. 4º da Lei nº 818, de 18.09.1949) e naturalização (arts. 110 a 120 da Lei nº 6.815/1980).

e) executórios: o juiz é demandado a exercer uma atividade prática que modifica o mundo exterior. Exs.: alienação de coisas (arts. 725, I, IV e V, 730, CPC); arrecadação da herança jacente (arts. 738 e segs, CPC); arrecadação dos bens dos ausentes (arts. 744 e segs., CPC); coisas vagas (art. 746, CPC).

f) tutelares: são aqueles em que a proteção de interesses de determinadas pessoas que se encontram em situação de desamparo, como os incapazes, é confiada diretamente ao Poder Judiciário, que pode instaurar os procedimentos *ex officio*. Exs.: procedimentos do ECA.

5.3. A jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados

Prevalece na doutrina brasileira a concepção de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, mas administração pública de interesses privados feita pelo Poder Judiciário. Síntese deste pensamento é a concepção de Frederico Marques[70], para quem a jurisdição voluntária seria materialmente administrativa e subjetivamente judiciária. Os ensaios de Frederico Marques e Lopes da Costa são fundamentais para a compreensão desta corrente.

> Leonardo Greco informa que, para alguns autores, é possível falar em jurisdição voluntária judicial e jurisdição voluntária extrajudicial; numa judicial exercida por juízes e em outra exercida por serventuários da justiça (Alcalá-Zamora, Lopes da Costa e Frederico Marques). Habscheid falava em jurisdição voluntária desempenhada por juízes, notários e por órgãos da Administração.[71]

70. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária.* Campinas: Millenium, 2000, p. 65. No sentido de ser atividade administrativa: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 2, p. 22-28; FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 53-56; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47-48; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 240.

71. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 13.

> O exercício dessas funções por órgãos estranhos ao Poder Judiciário retira o caráter jurisdicional: *a)* pelo aspecto subjetivo; *b)* pelo fato de a decisão não ser de última instância, uma vez que, por força do princípio da inafastabilidade, pode ser submetida ao controle do Poder Judiciário.

Essa construção doutrinária é um tanto tautológica.

Partem da premissa de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, porque não há lide a ser resolvida; sem lide, não se pode falar de jurisdição. Não haveria, também, *substitutividade*, pois o que acontece é que o magistrado se insere entre os participantes do negócio jurídico, não os substituindo. Porque não há lide, não há partes, só interessados; porque não há jurisdição, não seria correto falar de ação nem de processo, institutos correlatos à jurisdição: só haveria requerimento e procedimento. Porque não há jurisdição, não há coisa julgada, mas mera preclusão.

> "Todos esses critérios são imperfeitos, porque a jurisdição voluntária abrange uma variedade tão heterogênea de procedimentos, nos quais sempre vamos encontrar o desmentido de um ou de outro desses critérios".[72]

5.4. A jurisdição voluntária como atividade jurisdicional

A segunda corrente é a que confere à jurisdição voluntária a natureza de atividade jurisdicional. Embora aparentemente minoritária, trata-se de linha doutrinária que vem amealhando adeptos,[73] e que tem como representantes Calmon de Passos, Ovídio Baptista e Leonardo Greco. Os seus argumentos são contrapontos aos argumentos da outra corrente.

Em primeiro lugar, uma premissa: não se pode dizer que não há lide em jurisdição voluntária. Basta citar os exemplos da interdição e da retificação de registro, procedimentos de jurisdição voluntária que normalmente dão ensejo a controvérsias. O que acontece é o seguinte: a jurisdição voluntária não pressupõe lide, a

72. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 23.

73. Cândido Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos Araújo Cintra, expoentes da Escola Paulista de Direito Processual que seguem a corrente ainda majoritária, reconhecem: "Por isso, na doutrina mais moderna, surgem vozes no sentido de afirmar a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária. Não há porque restringir à jurisdição contenciosa os conceitos de parte e de processo (mesmo porque este, em teoria geral, vale até para funções não jurisdicionais e mesmo não-estatais)" (*Teoria geral do processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p. 156). No sentido de ser a jurisdição voluntária uma atividade jurisdicional: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 75-78; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil anotado artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 939; MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 129; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 343; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 146-152; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, s/n, p. 97.

lide não precisa vir afirmada na petição inicial. Pouco importa, por exemplo, que o interditando queira ser interditado – e há inúmeros casos em que é realmente isso o que ele deseja, para a obtenção de benefícios previdenciários. Os casos de jurisdição voluntária são potencialmente conflituosos e por isso mesmo são submetidos à apreciação do Poder Judiciário. É por isso que se impõe a citação dos possíveis interessados, que podem, é verdade, não opor qualquer resistência, mas não estão impedidos de fazê-lo. São frequentes os casos em que, em pleno domínio da jurisdição voluntária, surgem verdadeiras questões a demandar juízo do magistrado. Havendo divergências entre o pai e o menor que queira se emancipar, por exemplo, o juiz haverá de manifestar-se sobre esta controvérsia.

> Arremata Leonardo Greco: "Ocorre que a função jurisdicional não se resume a solucionar litígios reais ou potenciais. Também tutelar interesses dos particulares, ainda que não haja litígio, é função tipicamente jurisdicional, desde que exercida por órgãos e funcionários revestidos das garantias necessárias a exercer essa tutela com absolutas independência e impessoalidade, exclusivamente no interesse dos seus destinatários".[74]

Em segundo lugar, para Giovanni Verde,[75] a única definição possível de jurisdição se baseia em seu aspecto subjetivo: jurisdição é a atividade exercida por juízes[76] – juízes com todas as garantias constitucionais da magistratura, façam ou não parte do Poder Judiciário. Mas cabe acrescentar: jurisdição é a atividade exercida pelos juízes (órgão investidos nesta função), que aplicam o direito objetivo em última instância, dão a última palavra sobre a questão, proferindo decisão que não pode ser controlada por nenhuma outra função estatal. A jurisdição voluntária é, também, inevitável. Tudo isso acontece no âmbito da jurisdição voluntária, e parece que não há qualquer controvérsia neste sentido.

> Proto Pisani distingue uma jurisdição constitucionalmente necessária, que é o seu conteúdo mínimo imposto pela garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva de direitos, que corresponde a jurisdição contenciosa; e uma jurisdição constitucionalmente não necessária, composta de atividades que a lei atribui aos juízes, como poderia ter atribuído a outros órgãos do estado ou ao poder privado dos próprios interessados, que seria a jurisdição voluntária.[77]

Em terceiro lugar, processo é categoria que pertence à teoria geral do direito, e consiste no método de que o Direito se vale para produzir normas jurídicas; daí que se pode falar em processo legislativo, administrativo, negocial e jurisdicional.

74. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, cit., p. 18.
75. *Profili del Processo Civile*. 6 ed. Napoli: Jovene Editore, 2001, p. 35.
76. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, cit., p. 19.
77. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, cit., p. 25.

Assim, aqueles que defendem a natureza administrativa da jurisdição voluntária não podem, por coerência, negar a existência de um processo, ainda que processo administrativo. A jurisdição voluntária se exerce por meio das formas processuais (petição inicial; sentença; apelação etc.), além do que não seria razoável defender-se a inexistência de relação jurídica entre os interessados e o juiz. Devem estar presentes todos os pressupostos processuais.[78] É procedimento em contraditório – garantido pela Constituição tanto para o processo jurisdicional, como para o administrativo. O pensamento tradicional baseava-se em Constituições passadas, que não garantiam o contraditório nos processos administrativos.

Em quarto lugar, na jurisdição voluntária o juiz atua para atender interesse privado, como terceiro imparcial. Enquanto a jurisdição voluntária é exercida por autoridade imparcial e desinteressada, a administração age no seu próprio interesse, no interesse do Estado, no interesse da coletividade como um todo, e não no interesse dos particulares que figuram como destinatários diretos da sua atuação.[79]

Em quinto lugar, se há processo e jurisdição, há ação, denominada por Pontes de Miranda de ação de jurisdição voluntária.

Em sexto lugar, não se pode dizer que não há partes. Não se devem confundir noções de parte em sentido substancial, que é a parte do litígio, com parte em sentido processual, que é o sujeito parcial da relação jurídica processual. A partir do momento em que o processo surge, a situação jurídica dos postulantes e dos interessados se altera, assumindo o *status* jurídico de parte, com todos os direitos e deveres dela decorrentes. Dizer que porque não há litígio não há partes é desconhecer comezinha distinção dogmática.

Por fim, a questão da coisa julgada.

A decisão proferida em sede de jurisdição voluntária tem aptidão para a formação de coisa julgada. Nada no CPC aponta em sentido contrário. Se até mesmo decisões que não examinam o mérito se tornam indiscutíveis (art. 486, §1º, CPC), muito mais razão haveria para que decisões de mérito proferidas em sede de jurisdição voluntária também se tornassem indiscutíveis pela coisa julgada material.

Vejamos o caso da decisão que homologa divórcio consensual.

A homologação de divórcio ou arrolamento (inventário simplificado) consensuais é procedimento de jurisdição voluntária. Esses negócios jurídicos podem ser formalizados extrajudicialmente, após a Lei 11.441/2007, sem mais a necessidade de intervenção judicial, desde que não haja interesse de incapaz. Houve quem dissesse que, em razão disso, não haveria mais interesse de agir no ajuizamento

78. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, cit., p. 44-45.
79. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. cit., p. 22.

do procedimento de jurisdição voluntária, exatamente porque, não sendo atividade jurisdicional, e sim administrativa, e não advindo daí a coisa julgada material, tudo o quanto se poderia obter em juízo seria possível obter extrajudicialmente, tornando o processo desnecessário[80].

O Conselho Nacional de Justiça, porém, decidiu que a via extrajudicial é opcional, permanecendo a homologação judicial como alternativa lícita[81]. O CPC ratificou esse entendimento (art. 733, CPC). Qual a razão disso? A homologação judicial confere às partes algo além daquilo que se pode obter pelo procedimento cartorário: a indiscutibilidade da decisão, a coisa julgada. O negócio jurídico é "processualizado" (inserido no processo) e, após a homologação judicial, somente pode ser desconstituído por ação rescisória, como reflexo da rescisão da sentença homologatória. Não é razoável dizer que um negócio jurídico formalizado em cartório tem a mesma estabilidade de outro que passou pelo crivo do órgão jurisdicional. É preciso dar a situações tão díspares consequências jurídicas também diversas. Para compreender a "facultatividade" do procedimento cartorário e a consequente permanência da opção judicial, é preciso superar o dogma da ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária.

É possível pedir a homologação de *qualquer* acordo extrajudicial ao juízo competente. O procedimento para homologação do acordo extrajudicial é de jurisdição voluntária (art. 725, VIII, CPC). Uma vez homologado, este acordo torna-se *título executivo judicial* (art. 515, III, CPC). O acordo extrajudicial *não* homologado judicialmente pode ser considerado um *título executivo extrajudicial*, preenchidos os demais pressupostos do inciso III do art. 784 do CPC. Há, pois, uma diferença no tratamento normativo do negócio jurídico. A execução de título *judicial* não permite qualquer discussão; a cognição é limitada, exatamente porque se trata de uma execução de sentença (somente podem ser alegadas as matérias constantes do art. 525, §1º, CPC, quase todas elas relativas a fatos posteriores ao negócio jurídico). A execução de título *extrajudicial permite ao executado a alegação de qualquer matéria de defesa, sem limitação alguma (art. 917 do CPC). Qual o fundamento para*

80. É o entendimento, por exemplo, de FARIAS, Cristiano Chaves. *O novo procedimento da separação e do divórcio (de acordo com a Lei n. 11.441/07)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 60 e segs; FRANCO, André, CATALAN, Marcos. "Separação e divórcio na esfera extrajudicial – faculdade ou dever das partes?". *Separação, divórcio, Partilhas e inventários extrajudiciais – questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (coord.). São Paulo: Método, 2007, p. 46-48.

81. Art. 2º da Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007: "Art. 2º É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial". Também neste sentido, CASSETARI, Cristiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública*. São Paulo: Método, 2007, p. 24-25; MORAIS, Ezequiel. "O procedimento extrajudicial previsto na Lei 11.441/2007, para as hipóteses de que trata, é obrigatório ou facultativo? Poderão ou deverão?". *Separação, divórcio, Partilhas e inventários extrajudiciais – questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (coord.). São Paulo: Método, 2007, p. 33-34.

a diferença do tratamento? A coisa julgada, atributo das decisões judiciais, mesmo homologatórias, mesmo em jurisdição voluntária, impede a rediscussão do que foi decidido (no caso, decisão das partes interessadas homologada pelo juiz). Para compreender a diferença de tratamento entre o negócio jurídico homologado judicialmente e aquele não submetido a essa confirmação, é preciso superar o dogma da ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária.

O Superior Tribunal de Justiça possui um precedente muito interessante. Embora parta das premissas da concepção "administrativista da jurisdição voluntária", com as quais esse *Curso* não concorda, chega a esse mesmo resultado: não é possível rever decisão em jurisdição voluntária, ressalvada a existência de fato superveniente, como em qualquer decisão.

O caso envolvia decisão em processo de retificação de registro civil. Dois itens da ementa ajudam a compreendê-lo: "6. Uma vez que foram os próprios recorrentes, na ação anterior, que pediram a alteração de seus nomes, com o objetivo de obter a nacionalidade portuguesa e tiveram seu pedido atendido na integralidade, não podem, agora, simplesmente pretender o restabelecimento do *statu quo ante*, alegando que houve equívoco no pedido e que os custos de alteração de todos os seus documentos são muito elevados. 7. Ainda que a ação de retificação de registro civil se trate de um procedimento de jurisdição voluntária, em que não há lide, partes e formação da coisa julgada material, permitir sucessivas alterações nos registros públicos, de acordo com a conveniência das partes implica grave insegurança". (STJ, 3ª T., REsp n. 1.412.260-SP, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 15.05.2014).

Não adianta dizer que não há coisa julgada e, ao mesmo tempo, impedir a rediscussão do tema. Há, inclusive, incoerência na argumentação. *Há coisa julgada, e por isso não se pode renovar o pedido.*

CAPÍTULO 4

Competência

Sumário • 1. Conceito e considerações gerais – 2. Distribuição da competência – 3. Princípios da tipicidade da competência e da indisponibilidade da competência. Regra da inexistência de vácuo de competência – 4. Regra da *Kompetenzkompetenz* – 5. A perpetuação da jurisdição – 6. Competência por distribuição – 7. Classificação da competência: 7.1. Competência do foro (territorial) e competência do juízo; 7.2. Competência originária e derivada; 7.3. Competência relativa e competência absoluta: 7.3.1. A *translatio iudicii*; 7.3.2. Distinções entre a incompetência relativa e a incompetência absoluta – 8. Foros concorrentes, *forum shopping*, *forum non conveniens* e princípio da competência adequada – 9. Competência constitucional – 10. Competência internacional: 10.1. Considerações gerais; 10.2. Competência internacional concorrente ou cumulativa (arts. 21 e 22, CPC); 10.3. Competência internacional exclusiva (art. 23, CPC); 10.4. Competência concorrente e litispendência (art. 24, CPC) – 11. Métodos para identificar o juízo competente – 12. Critérios determinativos de distribuição da competência: 12.1. Consideração introdutória; 12.2. Objetivo: em razão da matéria, em razão da pessoa e em razão do valor da causa; 12.3. Territorial; 12.4. Funcional: 12.4.1. Generalidades; 12.4.2. Competência funcional x competência territorial absoluta – 13. Principais regras de competência territorial – 14. Foros distritais e subseções judiciárias – 15. Modificações da competência: 15.1. Generalidades; 15.2. Não alegação da incompetência relativa; 15.3. Foro de eleição: 15.3.1. Generalidades; 15.3.2. Ineficácia da cláusula abusiva de foro de eleição; 15.3.3. Foro de eleição internacional; 15.4. Conexão e continência: 15.4.1. Considerações gerais sobre a conexão. Conceitos legais de conexão e continência. Insuficiência do conceito legal. A conexão por prejudicialidade ou por preliminaridade; 15.4.2. Forma de alegação; 15.4.3. Distinção entre a alegação de modificação de competência e a alegação de incompetência relativa; 15.4.4. Conexão entre demanda executiva e demanda de conhecimento e conexão entre demandas executivas; 15.4.5. Conexão por afinidade. Um novo modelo de conexão para o julgamento de casos repetitivos; 15.5. Prevenção; 15.6. Outras regras de modificação da competência – 16. Recorribilidade da decisão sobre competência – 17. Conflito de competência: 17.1. Conceito; 17.2. Incompetência, remessa dos autos e conflito de competência; 17.3. Legitimidade e participação do Ministério Público; 17.4. Competência; 17.5. Procedimento – 18. Competência da Justiça Federal: 18.1. Características; 18.2. Competência dos juízes federais em razão da pessoa: 18.2.1. O art. 109, I, CF/1988: 18.2.1.1. As causas; 18.2.1.2. As pessoas; 18.2.1.3. As exceções; 18.2.2. O art. 109, II, CF/1988; 18.2.3. O art. 109, VIII, CF/1988; 18.3. Competência funcional: art. 109, X, segunda parte; 18.4. Competência da Justiça Federal em razão da matéria: 18.4.1. O art. 109, III, CF/1988; 18.4.2. Causas do art. 109, V-A: grave violação a direitos humanos; 18.4.3. O art. 109, XI, CF/1988: disputa sobre direitos indígenas; 18.4.4. Art. 109, X, parte final: causas referentes à nacionalidade e à naturalização; 18.5. Competência territorial da Justiça Federal: 18.5.1. Considerações gerais; 18.5.2. Art. 109, §3º, CF/1988: juízo estadual com competência federal; 18.6. Competência do Tribunal Regional Federal (art. 108 da CF/1988).

1. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

A jurisdição é exercida em todo o território nacional. Por questão de conveniência, especializam-se setores da função jurisdicional.

Distribuem-se as causas pelos vários órgãos jurisdicionais, conforme as suas atribuições, que têm seus limites definidos em lei. Limites que lhes permitem o exercício da jurisdição. A jurisdição é una, porquanto manifestação do poder estatal. Entretanto, para que seja mais bem administrada, há de ser exercida por diversos órgãos distintos.

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência jurisdicional

é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição; é a medida da jurisdição,[1] a "quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos".[2]

> Competência é um conceito de Teoria Geral do Direito[3]. Refere-se ao limite de exercício de um poder. É possível cogitar competência legislativa, administrativa, jurisdicional e, até, competência para a prática de atos privados (competência do gestor de uma sociedade anônima, por exemplo). "Por competência entender-se-á o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos. A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de acção ("poderes") necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra".[4]
>
> Neste *Curso*, estudaremos a *competência jurisdicional*.

2. DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA

A distribuição da competência faz-se por meio de normas constitucionais (inclusive de constituições estaduais), legais, regimentais (distribuição interna da competência nos tribunais, feita pelos seus regimentos internos) e até mesmo negociais (no caso de foro de eleição).

O art. 44 do CPC esclarece o assunto, mas não menciona os acordos de competência nem as normas regimentais: "Obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal, a competência é determinada pelas normas previstas neste Código ou em legislação especial, pelas normas de organização judiciária e, ainda, no que couber, pelas constituições dos Estados".

A Constituição já distribui a competência em todo o Poder Judiciário Federal (STF, STJ e Justiças Federais: Justiça Militar, Eleitoral, Trabalhista e Federal Comum). A competência da Justiça Estadual é residual.

---

1. "Costuma-se dizer que a competência é o limite ou a fração ou a medida da jurisdição. É preciso, contudo, ressalvar essa afirmação: o exercício da função jurisdicional é cometido não apenas a um único órgão, mas a vários deles; cada um é investido pela lei das mesmas atribuições, devendo atuar de acordo com os critérios previamente fixados. A competência estabelece quando cada órgão deve exercer tais atribuições, que são as mesmas para todos. A função jurisdicional tem, enfim, seu exercício distribuído entre vários órgãos, sendo certo que tal distribuição é feita de maneira a que cada um possa exercer essa função jurisdicional, distribuição essa chamada, não custa repetir, de competência. O exercício da jurisdição é legítimo, quando realizado dentro dos limites da competência própria do órgão, sendo arbitrário e ilegítimo, se desborda de tais limites." (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, n. 3.1, p. 93-94).
2. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 55.
3. Sobre o assunto, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "A competência na teoria geral do direito". *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.
4. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 539.

Nada obstante o silêncio do dispositivo, ainda é possível falar em competência que tem como fonte normativa um negócio jurídico processual, o foro de eleição, mais à frente examinado.

Nesse capítulo, estudaremos as principais normas de competência jurisdicional, de natureza constitucional, legal e negocial.

3. PRINCÍPIOS DA TIPICIDADE DA COMPETÊNCIA E DA INDISPONIBILIDADE DA COMPETÊNCIA. REGRA DA INEXISTÊNCIA DE VÁCUO DE COMPETÊNCIA

Canotilho identifica dois princípios relacionados à distribuição da competência: indisponibilidade e tipicidade. Esses princípios compõem o conteúdo do princípio do juiz natural. O desrespeito a tais princípios implica, consequentemente, o desrespeito ao princípio do juiz natural. Eis a lição do jurista português:

> "Daí que: (1) de acordo com este último, as competências dos órgãos constitucionais sejam, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição; (2) de acordo com o primeiro, as competências constitucionalmente fixadas não possam ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribui".[5]

O STF admite que se reconheça a existência de competências implícitas *(implied power)*:[6] quando não houver regra expressa, algum órgão jurisdicional haverá de ter competência para apreciar a questão. Veja o caso do recurso de embargos de declaração: não há regra constitucional que preveja como competência do STF ou do STJ o julgamento de embargos de declaração opostos contra as suas decisões, embora seja inegável que a atribuição de competência para julgar determinadas causas embute, implicitamente, a competência para julgar esse recurso.[7]

É fundamental perceber que não há *vácuo de competência*: sempre haverá um juízo competente para processar e julgar determinada demanda. A existência de competências implícitas é, portanto, indispensável para garantir a completude do ordenamento jurídico.

---

5. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 542-543. O STJ já entendeu que esses princípios foram acolhidos pela Constituição Brasileira (REsp n. 28.848-8, rel. Adhemar Maciel, j. 01.06.1993).
6. Poder implícito ou *implied power* é o poder não expressamente mencionado na Constituição, mas adequado à prossecução dos fins e tarefas constitucionalmente atribuídos aos órgãos de soberania (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6 ed., cit., p. 544.)
7. Ver, por exemplo: 2ª T., RE 47.757, rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 24.08.1962, DJ de 17.09.1962, p. 413; Pleno, CC 6.987-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27.03.1992, DJ de 20.04.1992, p. 5.723; Questão de Ordem na Ação Cível Originária 58-BA, pelo Pleno do STF, em 05.12.1990; Pleno, Questão de Ordem no Inq. n. 2411/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 10.10.2007, publicado no DJe-074.

4. REGRA DA *KOMPETENZKOMPETENZ*

De acordo com a regra da *Kompetenzkompetenz*, todo juízo tem competência para julgar a sua própria competência. O juiz é, sempre, o juiz da sua competência.

Assim, para todo órgão jurisdicional há sempre uma competência mínima (podemos chamá-la de atômica): a competência para o controle da própria competência. Por mais incompetente que seja o órgão jurisdicional, ele sempre terá competência para decidir se é ou não competente.

5. A PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO

Não basta que as regras de competência sejam fixadas por normas jurídicas gerais; é necessário que se saiba qual, dentre os vários igualmente competentes, será o juízo responsável concretamente pela demanda ajuizada. É necessário que se determine, *in concreto*, qual o juízo que será o competente para o processamento e o julgamento da causa.

O modo de determinar-se essa competência é disciplinado pelo art. 43 do CPC.

O art. 43 do CPC prevê a *perpetuatio jurisdictionis*, que consiste na regra[8] segundo a qual a competência, fixada pelo registro ou pela distribuição da petição inicial, permanecerá a mesma até a prolação da decisão.

> Se houver mais de uma vara, a petição inicial há de ser distribuída; caso contrário, o seu registro é o fato que fixa a competência.

A regra da perpetuação da jurisdição compõe o sistema de estabilidade do processo, ao lado, por exemplo, daquelas decorrentes do art. 329 do CPC.

Neste exato momento (registro ou distribuição), firma-se e perpetua-se a competência do juízo e nenhuma modificação do estado de fato (ex.: mudança de domicílio do réu) ou de direito (ex.: ampliação do teto da competência do órgão em razão do valor da causa) superveniente poderá alterá-la.

Mas há exceções.

Há fatos supervenientes à propositura da demanda que impõem a redistribuição da causa, quebrando a perpetuação da jurisdição.

São duas hipóteses.

a) supressão do órgão judiciário – por exemplo, a extinção de uma vara ou de uma comarca;

8. Como demonstra Leonardo Carneiro da Cunha, a *perpetuatio jurisdictionis* é um efeito processual da litispendência que está previsto em uma regra, e não num princípio, devendo ser aplicada como regra (*Jurisdição e competência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, n. 6.3, p. 264-268.

b) alteração superveniente da competência absoluta, como alteração superveniente de competência em razão da matéria, da função ou em razão da pessoa.

> Se a alteração de competência absoluta ocorrer após a sentença, não haverá a redistribuição do processo, com a quebra da perpetuação da competência, exatamente porque já houve julgamento. Assim, p. ex., a EC 45/2004, que alterou as regras constitucionais de competência da Justiça do Trabalho, não alcança os processos já sentenciados (súmula do STJ, n. 367). Recurso eventualmente pendente contra decisão proferida por juiz estadual, em causa que agora é de competência da Justiça do Trabalho, deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça, e não pelo Tribunal Regional do Trabalho.

Convém examinar, com destaque, a hipótese do desmembramento da comarca e a regra da perpetuação da jurisdição.

O desmembramento de comarca só implicará a redistribuição da causa se alterar competência absoluta,[9] inclusive a competência territorial absoluta.[10]

> Um bom exemplo é o caso em que a comarca, onde corre ação reivindicatória, for desmembrada e o imóvel objeto do processo fique situado na nova comarca. Nesta hipótese, altera-se competência absoluta (territorial) do juízo onde esta já se tinha perpetuado, e os autos deverão ser transferidos para a comarca onde ficou o imóvel (art. 47 do CPC).[11]
>
> Outro bom exemplo é o da hipótese em que, "havendo desmembramento de comarca, no caso de ação civil pública, se o dano tiver ocorrido na área da nova comarca, por ser a competência, nas ações coletivas, absoluta, embora territorial".[12]

Muito embora a regra seja de que apenas a alteração da competência absoluta seria capaz de excepcionar a *perpetuatio jurisdictionis*, o STJ apontou que "nos processos que envolvem menores, as medidas devem ser tomadas no interesse desses, o qual deve prevalecer diante de quaisquer outras questões" (2ª S., CC n. 114.782/RS, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 12.12.2012, publicado no DJe de 19.12.2012). Sendo assim, de acordo com este entendimento, em ações que envolvam interesses do menor e desde que não haja identificação de objetivos escusos por qualquer uma das

9. Há precedente do STJ nesse sentido: "COMPETÊNCIA. Imóvel. Reivindicatória. Desmembramento da comarca. – Instalação de nova comarca, em cujo território se situa o imóvel objeto da ação reivindicatória, determina a modificação da competência". (RESP n. 156.898/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ de 16.11.1998, p. 97). Assim, também, RESP n. 150.902/PR, rel. Min. Barros Monteiro, publicado no DJ de 28.09.1998, p. 65.
10. Têm opinião diversa, Celso Agrícola Barbi (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1, t. 2, p. 391) e Arruda Alvim ("A 'perpetuatio jurisdictionis' no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1976, n. 4).
11. Vejam que, se o imóvel ficou em mais de uma comarca, qualquer um dos juízos é competente (competência fixada por prevenção, art. 60 do CPC).
12. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, n. 7.3, p. 289.

partes, mas mera alteração de domicílio do responsável pelo menor, deve a regra da *perpetuatio jurisdictionis* ceder lugar à solução que se afigure mais condizente com os interesses do infante e facilite o seu pleno acesso à Justiça.

6. COMPETÊNCIA POR DISTRIBUIÇÃO

De acordo com o art. 284 do CPC, onde houver "mais de um juiz" os processos deverão ser distribuídos, de modo alternado e aleatório, entre os juízos abstratamente competentes. A distribuição deve ser feita imediatamente (art. 93, XV, CF/1988), na data da propositura da ação. Com isso, fixa-se a competência concreta do juízo, transformando a "*competência cumulativa de todos em competência exclusiva de só um dentre todos*".[13]

As regras de distribuição servem para concretizar a competência onde há mais de um juízo e foram criadas para fazer valer o princípio do juiz natural – que é, sobretudo, o juiz legalmente competente.

Um dos requisitos para que se tenha um juiz natural é a prévia fixação de regras para a divisão interna de funções e atribuições nos locais onde houver mais de um juízo abstratamente previsto como competente. Concretiza-se, assim, a competência, de forma equânime, sem que se defira às partes a possibilidade de optar pelo órgão julgador de sua preferência

As regras de distribuição são cogentes. São, portanto, regras de competência absoluta.

> Humberto Theodoro Júnior, em parecer acerca da admissibilidade da ação rescisória tombada sob o nº 46.595-0, que tramitava no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, é taxativo ao dispor que "somente se pode, em tal conjuntura, falar em incompetência absoluta, já que o afastamento do juiz natural ou o empecilho de acesso a ele apenas pode ser qualificado como agressão a uma garantia constitucional".
>
> Calmon de Passos, em parecer exarado nos autos do mesmo processo, defende essa posição, aduzindo que "se tão condenável expediente é acobertado pelo julgador, sua decisão, por desrespeitadora da garantia, reveste-se de caráter de vulneradora de preceito constitucional, o que o torna *absolutamente incompetente*, dada a matriz constitucional do princípio" [14].

13. Palavras do Prof. J. J. Calmon de Passos em parecer referente à ação rescisória tombada sob o n. 46.595-0, que tramitou no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.
14. Também no sentido de ser absoluta essa competência, NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante em vigor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 719.

Assim, fraude à distribuição significa violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII e LIV da CF) e às normas relativas à distribuição; por consequência, levará à incompetência absoluta.

7. CLASSIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA

7.1. Competência do foro (territorial) e competência do juízo

Foro é o local onde o órgão jurisdicional exerce as suas funções; é a unidade territorial sobre a qual se exerce o poder jurisdicional (lembre-se que o Estado é soberania de um povo sobre dado território). No mesmo local, conforme as leis de organização judiciária, podem funcionar vários juízes com atribuições iguais ou diversas.

Assim, para uma mesma causa, verifica-se primeiro qual o foro competente, depois o juízo, que é a vara, o cartório, a unidade administrativa. A competência do juízo é matéria pertinente às leis de organização judiciária. A competência de foro é regulada pelo CPC.

7.2. Competência originária e derivada

A competência originária é aquela atribuída ao órgão jurisdicional para conhecer da causa em primeiro lugar; pode ser atribuída tanto ao juízo singular, em primeiro grau, o que é a regra, como ao tribunal, excepcionalmente (ação rescisória e mandado de segurança contra ato judicial, por exemplo).

A competência derivada ou recursal é atribuída ao órgão jurisdicional destinado a rever a decisão já proferida; normalmente, atribui-se a competência derivada ao tribunal, mas há casos em que o próprio magistrado de primeira instância possui competência recursal, como acontece com os embargos infringentes de alçada, cabíveis na forma do art. 34 da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980), que serão julgados pelo mesmo juízo prolator da sentença.

Ambas são espécies de competência funcional e absoluta.

7.3. Competência relativa e competência absoluta

As regras de competência submetem-se a regimes jurídicos diversos, conforme se trate de regra fixada para atender principalmente a interesse público, chamada de regra de competência absoluta, ou para atender preponderantemente ao interesse particular, a regra de competência relativa.

Antes de apresentar as diferenças, convém apontar primeiramente as semelhanças entre os regimes jurídicos de reconhecimento da incompetência.

7.3.1. A translatio iudicii

O CPC adotou um sistema que consagra a *translatio iudicii*: a preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais ou processuais), a despeito do reconhecimento da incompetência[15].

Esse sistema pode ser visualizado a partir de algumas regras.

a) A incompetência (absoluta ou relativa) é defeito processual que, em regra, não leva à extinção do processo. A incompetência gera a *remessa dos autos ao juízo competente*. (art. 64, §3º, CPC). Excepcionam-se, porém, a incompetência nos Juizados Especiais (inciso III do art. 51 da Lei n. 9.099/1995) e a incompetência internacional (arts. 21 e 23 do CPC)[16].

> Convém, no entanto, observar o que acontece nas hipóteses de incompetência do juízo para processar e julgar demandas incidentes, como a reconvenção e os embargos de terceiro, por exemplo. A competência funcional para o julgamento das demandas incidentais é do juízo da causa principal. Sucede que é possível que esse juízo não tenha competência objetiva (em razão da matéria ou da pessoa) para o processamento/julgamento do feito.
>
> Se isso acontece na reconvenção, o magistrado indeferirá a petição inicial da reconvenção, não admitindo o seu processamento. A consequência da incompetência absoluta, neste caso, não pode ser a remessa dos autos ao juízo competente nem a extinção do processo. Somente é possível admitir reconvenção se houver ação; assim, a reconvenção não poderia ser enviada a outro juízo distinto daquele onde tramita a demanda principal. Porque demanda incidente, o seu não-conhecimento não pode implicar a extinção do processo, que prossegue para o exame da demanda principal.
>
> A incompetência absoluta para o conhecimento de embargos de terceiro ou denunciação da lide implica a remessa dos autos, com as demandas principal e incidental, ao juízo competente. É o que pode acontecer se, em processo que tramita na Justiça Estadual, houver embargos de terceiro propostos por um ente federal ou em face de um deles seja proposta uma denunciação da lide – em ambos os casos, os autos serão remetidos à Justiça Federal.[17]

---

15. ASPRELLA, Cristina. *La translatio iudicii: trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (l. n. 69/2009)*. Milano: Giuffrè Editore, 2010, passim. Sobre o assunto, ainda, vale conferir GRECO, Leonardo. "*Translatio iudicii* e reassunção do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, dez. 2008, v. 166; CUNHA, Leonardo Carneiro da. "A translatio iudicii no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jun. 2012, v. 208, p. 257-263.
16. Esse regime jurídico diferenciado da incompetência internacional justifica-se como aplicação do princípio da unilateralidade, que rege a competência internacional, logo abaixo examinado.
17. Acolhida a denunciação, o processo continuará seu curso na Justiça Federal; rejeitada, os autos devem retornar a Justiça Estadual, resguardada a competência funcional (recursal) do Tribunal Regional Federal da respectiva

b) A decisão sobre a alegação de incompetência deverá ser proferida imediatamente após a manifestação da outra parte (art. 64, §2º, CPC).

c) A incompetência (absoluta ou relativa) não gera a automática invalidação dos atos decisórios praticados. Nada obstante reconhecida a incompetência, preserva-se a eficácia da decisão proferida pelo juízo incompetente, até ulterior determinação do juízo competente. É o que determina expressamente o §4º do art. 64 do CPC: "Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente".

d) O regramento da incompetência na ação rescisória (art. 968, §§5º e 6º, CPC), estruturado para o aproveitamento total da ação rescisória ajuizada perante tribunal incompetente, é outro bom exemplo de consagração da *translatio iudicii*.

e) O art. 240 do CPC determina que a citação válida, *ainda que ordenada por juízo incompetente,* induz litispendência para o réu, faz litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor. O §1º do art. 240 do CPC determina que o despacho citatório, ainda que ordenado por juízo incompetente, interrompe a prescrição. Preservam-se os efeitos do ato de citação e do despacho citatório, mesmo reconhecida a incompetência do juízo que a determinou.

Do mesmo modo, a litispendência para o autor é eficaz a partir da propositura da ação, mesmo que perante juízo incompetente; assim, mesmo que perante juízo incompetente, a propositura da ação torna litigiosa a coisa para o autor.

7.3.2. Distinções entre a incompetência relativa e a incompetência absoluta

A distinção entre os regimes jurídicos das regras de incompetência absoluta e relativa pode ser feita em quadro esquemático, que facilita a visualização e a aprendizagem.

---

região para apreciar eventuais recursos dessa decisão. O juiz estadual não está autorizado a continuar o julgamento do processo sob o argumento de que não é caso de denunciação da lide, rejeitando-a; deve remeter os autos à Justiça Federal, para que lá se averigue a admissibilidade da denunciação. Cf., a propósito: STJ, Conflito de Competência n. 12.094-PR, publicado no DJ de 27.03.1995, rel. Torreão Braz; Conflito de Competência n. 21.268/SC, publicado no DJ de 17.05.1999, p. 119, rel. Min. Eduardo Ribeiro; Conflito de Competência n. 21792/RR, publicado no DJ de 14.12.1998, p. 82, rel. Min. Garcia Vieira, rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros; Conflito de Competência n. 12586/SP, publicado no DJ de 17.04.1995, p. 9552, rel. Min. Paulo Costa Leite. *Em sentido diverso,* entendendo que apenas os embargos de terceiro serão remetidos para a Justiça Federal, com o sobrestamento da execução na justiça estadual: STJ, 2ª S., CC n. 93969/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 28.05.2008, publicado no DJe de 05.06.2008; STJ, 3ª Seção, CC n. 83.326/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 27.02.2008, publicado no DJe de 14.03.2008. O STJ, no entanto, mantém o entendimento de que, uma vez proposta a denunciação da lide, a demanda principal e a incidental serão remetidas para a justiça federal: STJ, REsp n. 1.003.635/MG, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. em 08.04.2008, publicado no DJe de 24.04.2008. Trata-se, porém, de distinção que não se consegue compreender.

Absoluta	Relativa
Regra de competência criada para atender a interesse público.	Regra de competência criada para atender precipuamente a interesse particular.
A incompetência absoluta pode ser alegada a qualquer tempo, por qualquer das partes, podendo ser reconhecida *ex officio* pelo órgão julgador (art. 64, §1º, CPC). Pode, inclusive, ser alegada como preliminar de contestação pelo réu (art. 64, *caput*, CPC).	A incompetência relativa somente pode ser arguida pelo réu, na contestação, sob pena de preclusão e prorrogação da competência do juízo, não podendo o magistrado reconhecê-la de ofício (enunciado n. 33 da súmula da jurisprudência do STJ). O Ministério Público pode alegar incompetência relativa nas causas em que atuar (como fiscal da ordem jurídica, esclareça-se, a despeito do laconismo do texto legal - art. 65, par. ún., CPC). O assistente simples não pode alegar incompetência relativa em favor do assistido (aplicação do art. 122, CPC).
Trata-se de defeito grave; uma vez transitada em julgado a última decisão, ainda será possível, no prazo de dois anos, desconstituí-la por ação rescisória, com base no art. 966, II, CPC.	
A regra de competência absoluta não pode ser alterada pela vontade das partes. Não se admite negócio processual que altere competência absoluta	As partes podem modificar voluntariamente a regra de competência relativa, quer pelo foro de eleição (art. 63, CPC), quer pela não alegação da incompetência relativa (art. 65, *caput*, CPC).
A regra de competência absoluta não pode ser alterada por conexão ou continência.	A regra de competência relativa pode ser modificada por conexão ou continência.
Competência em razão da matéria, da pessoa e funcional são exemplos de competência absoluta. A competência em razão do valor da causa também pode ser absoluta, quando extrapolar os limites estabelecidos pelo legislador. Em alguns casos, a competência territorial também é absoluta.	Competência territorial é, em regra, relativa. Além disso, também é relativa a competência pelo valor da causa, quando ficar aquém do limite estabelecido pela lei.
Mudança superveniente de competência absoluta impõe o deslocamento da causa para outro juízo, excetuando a perpetuação da competência.	Mudança superveniente de competência relativa é irrelevante para o processo, mantida a perpetuação da competência.

8. FOROS CONCORRENTES, *FORUM SHOPPING*, *FORUM NON CONVENIENS* E PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA ADEQUADA

Há situações em que existem vários foros em princípio competentes para o conhecimento e julgamento de uma demanda; são os *foros concorrentes*.

Em certos casos, há duas ou três opções (art. 47, §1º, CPC; art. 53, V, CPC; art. 516, par. ún., CPC); em outros, o número aumenta consideravelmente, como nos casos das ações coletivas ressarcitórias em razão de dano nacional (qualquer capital de Estado-membro e no Distrito Federal, art. 93, II, CDC[18]), litígios internacionais

18. Art. 93 do CDC: "Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: (...) II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente".

(vários Estados igualmente competentes) e comunitários (vários países de uma determinada comunidade internacional).

O fenômeno é frequente em estados federais, como o estadunidense e o brasileiro, e na Comunidade Europeia[19].

O autor, diante dessas opções, exercita aquilo que já se denominou de *forum shopping*: a escolha do foro pelo demandante. Escolher o foro dentre aqueles *em tese* competentes é direito potestativo do autor. Há várias razões para a escolha, mas a principal parece ser a existência de diferença nas regras de direito material ou processual entre os diversos foros, fato muito frequente nos casos de competência internacional e em federações como a estadunidense, em que a competência legislativa do Estado-membro é bem extensa[20].

É compreensível que, havendo vários foros competentes, o autor escolha aquele que acredita ser o mais favorável aos seus interesses. É do jogo, sem dúvida. O problema é conciliar o exercício desse direito potestativo com a proteção da boa-fé[21]. Essa escolha não pode ficar imune à vedação ao abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé.

> Há casos em que esse abuso se revela com alguma clareza.
>
> Um cidadão do Brunei, em razão de um acidente de helicóptero em seu país, demandou a empresa fabricante, que é francesa, no Texas, EUA.
>
> Um juízo austríaco aceitou uma ação de investigação de paternidade contra um francês, sob o fundamento de que ele havia deixado na Áustria uma mala com "roupas de baixo" ("underwear") [22].
>
> A chamada *tag jurisdiction* (competência do juízo em razão da simples presença do sujeito no território do Estado, mesmo que passageira e nada tenha a ver com a causa), construção jurisprudencial do *common law*, é também utilizada como instrumento de abuso na

19. JUENGER, Friedrich K. *Forum non conveniens – who needs it? Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 351.
20. Por exemplo: o sujeito é ofendido por uma reportagem publicada na rede mundial de computadores. Ele escolhe demandar contra o ofensor em pais com leis mais favoráveis às vítimas, como é o caso da Inglaterra. O direito estadunidense em tema de responsabilidade civil por fato do produto é também um estímulo aos estrangeiros, que se sintam prejudicados por produtos americanos, demandarem no EUA (JUENGER, Friedrich K. *Forum non conveniens – who needs it?*, cit., p. 352.) As diversas razões para a escolha de foros americanos em ações de responsabilidade civil são mencionadas neste mesmo texto, na mesma página.
21. Como disse o *Justice Jackson*, da Suprema Corte Americana: "A plaintiff sometimes is under temptation to resort to a strategy of forcing the trial at a most inconvenient place for an adversary, even at some incovenience to himself" ("o autor está algumas vezes sob a tentação de valer-se de uma estratégia de forçar o julgamento no local mais inconveniente ao seu adversário, mesmo que com alguma inconveniência para si próprio"). Cf. JUENGER, Friedrich K. *Forum non conveniens – who needs it?*, p. 357.
22. JUENGER, Friedrich K. *Forum non conveniens – who needs it?*, p. 353.

escolha do juízo competente. Houve notícia de um réu que foi surpreendido com uma citação dentro de um avião, que passava pelo estado do Arkansas, EUA[23].

É certo que vige no direito processual o princípio da boa-fé, que torna ilícito o abuso do direito, conforme já examinado neste volume do *Curso*. Também é certo que o devido processo legal impõe um processo adequado, que, dentre outros atributos, é aquele que se desenvolve perante um juízo adequadamente competente. A exigência de uma competência adequada é um dos corolários dos princípios do devido processo legal, da adequação e da boa-fé. Pode-se inclusive falar em um *princípio da competência adequada*[24].

A questão que se apresenta, pois, é a seguinte: de que modo esses princípios incidem no *forum shopping*, para impedir o abuso do demandante na escolha de um foro que, embora em tese competente, se revele no caso como uma técnica de dificultar a defesa do demandando ou impedir o bom prosseguimento do processo, sem que disso o autor possa auferir qualquer espécie de justa vantagem?[25]

Para garantir a efetivação de todos esses princípios, embora sem sistematização e com uma fundamentação difusa, surgiu na Escócia[26] uma doutrina que serviu como freio jurisprudencial a essas escolhas abusivas. A ela deu-se o nome de *forum non conveniens*. Justamente, "para evitar os abusos, desenvolveu-se uma regra de temperamento, conhecida como *forum non conveniens*, que deixa ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de recusar a prestação jurisdicional se entender comprovada a existência de outra jurisdição (...) invocada como concorrente e mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamos da justiça em geral" [27].

Com a inserção dessa regra, o próprio juiz da causa, no controle de sua competência, utilizando a regra da *Kompetenzkompetenz* (o juízo é competente para controlar a sua própria competência), já aceita pelo ordenamento nacional, evitaria julgar causas para as quais não fosse o juízo mais adequado, quer em razão do direito ou dos fatos debatidos (p. ex.: extensão e proximidade com o ilícito), quer em razão das dificuldades de defesa do réu.

A aplicação no Brasil da doutrina do *foro não conveniente* é plenamente possível, a partir da concretização do direito fundamental a um processo adequado e leal.

23. JUENGER, Friedrich K. *Forum non conveniens - who needs it?*, p. 353.
24. Sobre o tema no âmbito da tutela jurisdicional coletiva, ver o v. 4 deste *Curso*. Sobre o tema em geral, BRAGA, Paula Sarno. "Competência adequada". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 219, p. 13-41.
25. Art. 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".
26. JUENGER, Friedrich K. *Forum non conveniens - who needs it?*, cit., p. 356, especialmente a nota 34.
27. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37. Relacionando a *forum no conveniens doctrine* com a tentativa de impedir o abuso pelo demandante, JUENGER, Friedrich K. *Forum non conveniens - who needs it?*, cit., p. 356.

> Há decisão da 3ª T. do STJ, porém, em que se afirmou que, "apesar de sua coerente formulação em países estrangeiros", os "princípios" (sic) do *forum shopping* e do *forum non conveniens* não encontram respaldo nas regras processuais brasileiras (MC n. 15.398-RJ, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 02.04.2009, publicado no DJe em 23.04.2009). O tema não foi examinado com a profundidade devida no mencionado acórdão. Há, inclusive, erro técnico: não se trata de princípios. Fórum shopping é um fato da vida; *forum non conveniens* é uma teoria. O princípio em questão é a boa-fé processual (ou, mais amplamente, o devido processo legal). Certamente, o assunto voltará a ser examinado pelo STJ em outros termos.

É certo que essa doutrina confere uma elasticidade à aplicação das regras de competência, que poderão ser controladas *caso a caso,* a partir da concretização desses direitos fundamentais. O princípio da adequação da competência (corolário do devido processo legal), como todo princípio, permite certa discricionariedade judicial, que não é nova em nosso sistema jurídico, já bastante aquinhoado com normas deste tipo. A exigência de adequada fundamentação é a forma de resolver esse conflito entre segurança jurídica (regras apriorísticas de competência) e a justiça do caso concreto (impedir o abuso do direito), pois "if certain kinds of *forum shopping can ideed be considered abusive, considerations of justice suggest some balance in the selecting the forum*"[28].

A existência de *foros concorrentes* significa que todos eles são igualmente competentes para, em tese, julgar um determinado tipo de demanda. Essa circunstância, porém, não impede que se controle *in concreto* o exercício do direito de escolha do foro que, se se revelar abusivo, deverá ser rechaçado pelo órgão jurisdicional, que sempre tem a competência de julgar a própria competência.

9. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

Há quem considere como não-juiz o magistrado que decide em dissonância com as normas constitucionais que atribuem jurisdição. Por exemplo, reputar-se-ia como uma não decisão aquela proferida por Tribunal de Justiça que julgou um recurso extraordinário, ou aquela proferida por um juiz do trabalho em matéria de competência da justiça eleitoral.[29] Nessa linha, a decisão de um juiz federal sobre causa estadual seria tão decisão como aquela que houvesse sido proferida por um oficial de justiça.

Eis a lição de Calmon de Passos:

---

28. JUENGER, Friedrich K. *Forum non conveniens - who needs it?*, cit., p. 370.
29. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, item 202.1, p. 291.

> "O poder de julgar do magistrado tem suas raízes na Constituição. Por isso mesmo se diz que ela é fonte do poder jurisdicional. Só nos limites nela fixados está o juiz investido do poder de julgar. Constitucionalmente, o poder de julgar foi repartido entre as chamadas jurisdições especiais (...) e a comum – remanescente. A investidura dos órgãos dessas jurisdições já lhes confere poder de julgar limitado constitucionalmente, de sorte que o exercício de suas atividades fora dos limites traçados na carta importa, mais que um defeito de competência, em defeito de jurisdição. O que façam ou realizem fora dos limites constitucionais é, em tudo e por tudo, semelhante à atividade do não-juiz, consequentemente, ato inexistente juridicamente, do ponto de vista processual".[30]

A tese é sedutora, indiscutivelmente, mas o caso não é de falta de jurisdição: trata-se, realmente, de incompetência. Há o poder de criar normas jurídicas concretas, jurisdição, que foi distribuído pela Constituição em parcelas para cada órgão jurisdicional. Quando um órgão jurisdicional extrapola a fração do poder que lhe foi atribuído, há falta de competência, e não falta de jurisdição. Pensar de outro modo levaria a ter de admitir-se que existem cinco jurisdições, e não apenas uma: eleitoral, trabalhista, estadual, federal e militar. E há mais: de acordo com a regra da *Kompetenzkompetenz*, o juízo incompetente constitucionalmente tem, no mínimo, a competência de reconhecer a sua incompetência, o que já revela a existência de ao menos uma parcela de jurisdição.[31] Portanto, não se poderia falar de sentença inexistente, mas de sentença inválida – não se poderia equiparar a sentença de um não-juiz com a sentença de um juízo que não tenha competência, ainda que constitucional.[32]

A incompetência constitucional é causa de ação rescisória (art. 966, II, CPC).

10. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

10.1. Considerações gerais

Um sistema jurisdicional de um país pode pretender julgar quaisquer causas que sejam propostas perante os seus juízes. No entanto, o poder de tornar efetivo aquilo que foi decidido sofre limitações, porque existem outros Estados, também organizados, que não reconheceriam a validade ou a eficácia da sentença em seu território, não permitindo, pois, a sua execução.

---

30. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, item 202.1, p. 291.
31. Conforme observou o aluno Tadeu Vilasboas, em aula no segundo semestre de 2004, na Universidade Federal da Bahia.
32. Assim, STF, Pleno, HC n. 80.263, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 20.02.2003.

A competência internacional visa, portanto, a delimitar o espaço em que deve atuar a jurisdição, na medida em que o Estado possa fazer cumprir soberanamente as suas sentenças. *É aplicação do chamado princípio da efetividade,* que orienta a distribuição da competência internacional, segundo o qual o Estado deve abster-se de julgar se a sentença não tem como ser reconhecida onde deve exclusivamente produzir efeitos.[33] Além disso, não seria conveniente ocupar os órgãos jurisdicionais com questões que não se liguem diretamente ao respectivo ordenamento jurídico.

> Ainda há outros princípios que informam as regras de competência internacional.
>
> *a) Plenitudo jurisdictionis:* "o poder/dever de conceder a prestação jurisdicional nos limites do seu território é pleno e ilimitado, assim proclamado como regra geral pelo direito internacional, excepcionado apenas pelas limitações estabelecidas por sua própria legislação e, em alguns casos, por construção jurisprudencial".[34]
>
> *b) Exclusividade:* "é aquele em razão do qual os tribunais de cada país, uma vez acionados, aplicarão sempre as regras delimitadoras de jurisdição que integram a sua própria ordem jurídica, abstendo-se de aplicar aquelas que pertençam à esfera de outro Estado, embora possam aquelas serem consultadas em circunstâncias especiais, quando se trata de reconhecimento de sentenças estrangeiras".[35]
>
> *c) Unilateralidade:* à norma delimitadora da jurisdição estatal, que afirma ou afasta a competência internacional do Estado, não se concede o poder de atribuir competência internacional a outro Estado. Assim, não enquadrada uma demanda em alguma hipótese de competência internacional, fica excluída a possibilidade de essa mesma hipótese servir para que se remeta o julgamento à jurisdição de outro Estado, sob pena de ofensa à soberania estrangeira.[36]
>
> *d) Imunidade de jurisdição*: trata-se do princípio segundo o qual a jurisdição deixa de ser exercida em razão da qualidade do réu. Um Estado soberano não tem como julgar outro Estado igualmente soberano sem o consentimento deste. Trata-se de princípio de direito internacional *(par in par non habet iudicium).* Atinge também os chefes de Estado, pessoas por ele designadas, além de determinadas pessoas físicas e jurídicas, em razão das funções que exercem. "Com a evolução das relações internacionais e passando os Estados a ocupar com mais frequência a posição de parte nas atividades comerciais, impunha-se o abrandamento do princípio. Surgiu assim

33. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.
34. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 24.
35. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 25.
36. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 25.

a teoria da imunidade relativa, distinguindo os atos de gestão – *ius gestionis* – em função da sua natureza ou da sua finalidade, dos atos de império – *ius imperii*, só estes garantidores da jurisdição privilegiada, pois praticados pelo Estado enquanto titular do poder soberano".[37]

e) Proibição de denegação de justiça: para evitar uma denegação de justiça, o Estado inicialmente incompetente para apreciar a demanda, deve julgá-la quando ficar constatado que ela não poderá ser proposta em qualquer outro tribunal estrangeiro.[38] "A atribuição de jurisdição ao Estado para decidir medidas cautelares destinadas a produzir efeitos em seu próprio território emerge do princípio que veda a denegação de justiça".[39]

f) Autonomia da vontade: reconhece-se a possibilidade de escolha da jurisdição, em caso de concorrência, inclusive com foro de eleição. Gerou o *forum shopping* e a doutrina do *forum non conveniens,* "que deixa ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de recusar a prestação jurisdicional se entender comprovada a existência de outra jurisdição internacional invocada como concorrente e mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamos da justiça em geral".[40]

Para que não houvesse conflitos entre os Estados, no caso de uma jurisdição ilimitada, que não reconhecesse outras decisões, ou sendo indiferente às nacionalidades, fez-se necessário estipular uma espécie de limitação espacial da jurisdição. Quando se fala em competência internacional, cogitam-se as hipóteses em que a jurisdição estatal pode ou não atuar. Por isso há quem utilize a expressão competência de jurisdição.

Ocorre que, no âmbito do limite estabelecido, esta jurisdição se exerce validamente, sem embargo do domicílio, da nacionalidade das partes, ou do lugar da ocorrência dos fatos geradores da lide.

É a limitação da jurisdição de um Estado em face de outros. *A competência internacional brasileira diz quais as causas que deverão ser conhecidas e decididas pela justiça brasileira.*

A competência internacional de autoridade judiciária brasileira está prevista nos arts. 21-24 do CPC.

O juiz, na sua função de examinar a questão da competência, deve, em primeiro lugar, recorrer às normas do capítulo sobre competência internacional.

37. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 29-30.
38. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 31.
39. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 33.
40. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 37.

10.2. Competência internacional concorrente ou cumulativa (arts. 21 e 22, CPC)

O art. 21 do CPC especifica as causas em que a competência internacional é concorrente: podem essas causas também ser julgadas por tribunais estrangeiros. A sentença proferida no estrangeiro será eficaz no território brasileiro, desde que seja homologada pelo STJ, de acordo com critérios vários, tais como: não ofenda a soberania brasileira, tenha sido exarada por autoridade competente, seja eficaz no país em que foi proferida etc. (art. 963, CPC).

Eis as hipóteses de competência internacional concorrente: a) se o réu estiver domiciliado no Brasil, não importando a sua nacionalidade (art. 21, I, CPC). Não há diferenciação entre nacionais e estrangeiros. Reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que tiver agência, filial ou sucursal no país (art. 21, par. ún., CPC); b) se no Brasil houver de ser cumprida a obrigação; não importa onde ela foi contraída (art. 21, II, CPC); c) se a ação originar-se de fato ou ato ocorrido no Brasil (art. 21, III, CPC).[41]

Também podem tramitar no Brasil: a) ação de alimentos, quando o credor tiver domicílio ou residência no Brasil ou quando o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos (art. 22, I, CPC); b) ações decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil (art. 22, II, CPC); ações em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional (art. 22, III, CPC).

10.3. Competência internacional exclusiva (art. 23, CPC)

O art. 23 do CPC especifica as causas em que a competência dos tribunais brasileiros é exclusiva. Sentença estrangeira proferida em tais casos não produz qualquer efeito no território brasileiro; será ato sem qualquer importância. Não há como homologá-la no Brasil.

Eis os casos: *a)* qualquer ação relativa a imóvel situado no Brasil. O texto é amplo, não se restringindo às ações reais, mas, também, às obrigacionais fundadas em direito real, como a locação (art. 23, I, CPC); *b)* em matéria de sucessão hereditária, proceder a confirmação de testamento particular, inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro ou tenha domicílio fora do território nacional (art. 23, II, CPC); *c)* em divórcio, separação judicial ou

41. De acordo com o STJ, "embora atualmente os cônjuges residam no exterior, a autoridade judiciária brasileira possui competência para a decretação do divórcio se o casamento foi celebrado em território nacional". (STJ, 4ª T., REsp n. 978.655/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 23.02.2010, publicado no DJe de 08.03.2010).

dissolução de união estável, proceder a partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional (art. 23, III, CPC).

10.4. Competência concorrente e litispendência (art. 24, CPC)

Para dar ênfase à supremacia da jurisdição nacional em face da estrangeira, o art. 24 do CPC prevê que a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência no Brasil, e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. (STJ, na forma do art. 105, I, "i", CF/1988, introduzida pela EC n. 45). Esta regra, naturalmente, só existe em função dos casos de competência concorrente, tendo em vista que seria ocioso mencioná-la para os casos de competência exclusiva.

Duas são as justificativas: a) sendo concorrente a competência, é natural que a lei interna prefira o julgamento por nossos tribunais; b) a verificação da litispendência haveria de ser feita pelo juiz de primeira instância, tendo ele que examinar se a sentença proferida no estrangeiro possui certos requisitos de admissibilidade para eventual homologação. Sucede que a competência para isso é do STJ. Assim, teria de fazer um exame provisório e precário de uma matéria que não lhe compete.

De todo modo, a pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil (art. 24, par. ún., CPC).

11. MÉTODOS PARA IDENTIFICAR O JUÍZO COMPETENTE

A doutrina desenvolveu métodos para a identificação do juízo competente. São itinerários que devem ser observados. Vejamos dois deles, bastante conhecidos.

Roteiro proposto por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery:[42] a) verificar se a justiça brasileira é competente para julgar a causa (arts. 21-23 do CPC); b) se for, investigar se é o caso de competência originária de Tribunal ou de órgão jurisdicional atípico (Senado Federal: art. 52, I e II, CF/1988; Câmara dos Deputados: art. 51, I, CF/1988; Assembleia Legislativa estadual para julgar governador de Estado); c) não sendo o caso, verificar se é afeto à justiça especial (eleitoral, trabalhista ou militar) ou justiça comum; d) sendo competência da justiça comum, verificar se é da justiça federal (arts. 108-109, CF/1988), pois, não sendo, será residualmente da estadual; e) sendo da justiça estadual, deve-se buscar o foro competente, segundo os critérios do CPC

42. *Código de Processo Civil Comentado – e legislação extravagante em vigor.* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 421.

(competência absoluta e relativa, material, funcional, valor da causa e territorial); f) determinado o foro competente, verifica-se o juízo competente, de acordo com o sistema do CPC (prevenção, p. ex.) e das normas de organização judiciária.

Itinerário proposto por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Antônio Carlos Araújo Cintra, no célebre trabalho sobre a Teoria Geral do Processo:[43] a) verificar qual a justiça competente; b) verificar se a competência é de tribunal ou de juízo monocrático; c) verificar a competência de foro (comarca, seção, distrito etc.); d) verificar o juízo competente (vara, órgão fracionário de tribunal etc.); e) verificar o juiz competente, a competência interna na vara ou no órgão colegiado; f) verificar a competência recursal para a referida causa[44].

12. CRITÉRIOS DETERMINATIVOS DE DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA

12.1. Consideração introdutória

A competência é distribuída de acordo com vários critérios. A doutrina procurou sistematizá-los, dividindo-os em três espécies: o critério objetivo, o critério funcional e o critério territorial.

Em toda causa os três critérios devem ser observados. Por exemplo: em uma ação de alimentos proposta em Salvador, observa-se o critério territorial (Salvador), o objetivo (Vara de Família) e o funcional (competência originária do juízo monocrático de primeira instância). Há situações em que um dos critérios é irrelevante, como, por exemplo, o exame da competência territorial de um tribunal superior, que exerce jurisdição em todo o território nacional.

A sistematização é útil do ponto de vista prático, pois auxilia na identificação do juízo competente, e importante, do ponto de vista técnico, pois é a base de que se vale a legislação brasileira para criar as regras de competência absoluta ou relativa.

12.2. Objetivo: em razão da matéria, em razão da pessoa e em razão do valor da causa

O critério objetivo é aquele pelo qual se leva em consideração a demanda apresentada ao Poder Judiciário como o dado relevante para a distribuição da competência.

---

43. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido e CINTRA, Antonio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 232-233.
44. *Teoria Geral do Processo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 232-233.

É fundamental o conhecimento dos elementos da demanda para a correta compreensão deste critério: partes, pedido e causa de pedir. Com base nos elementos da demanda, distribui-se a competência. Assim, é possível identificar três subcritérios objetivos de distribuição da competência.

a) Competência em razão da pessoa: a fixação da competência tendo em conta as *partes* envolvidas (*rationae personae*). O principal exemplo de competência em razão da pessoa é o da vara privativa da Fazenda Pública, criada para processar e julgar causas que envolvam entes públicos. Há casos de competência de tribunal determinada em razão da pessoa, como prerrogativa do exercício de algumas funções (mandado de segurança contra ato do Presidente da República é da competência do STF, por exemplo: art. 102, I, "d", CF/1988).

> Cabe lembrar o enunciado n. 206 da súmula do STJ: "A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis do processo". O entendimento jurisprudencial é importante para esclarecer uma questão prática muito corriqueira: o Estado, uma vez demandando em comarca em que não há vara privativa, costuma alegar a incompetência territorial, sob o fundamento de que ele deveria ser demandado em comarca onde houvesse vara privativa. A alegação do Estado, nesta situação, não tem fundamento. A existência de vara privativa implica que, *na comarca onde ela existir*, as causas contra a Fazenda Pública devem ser perante ela ajuizadas. Não significa que *todas as causas contra a Fazenda Pública* devem ser lá processadas; não se trata de um juízo universal. Se na comarca não há vara privativa, a demanda contra o Estado deve ser processada na vara que para tanto tiver competência (uma vara comum, por exemplo).

b) Competência em razão da matéria: a competência em razão da matéria é determinada pela natureza da relação jurídica controvertida, definida pelo fato jurídico que lhe dá causa. Assim, é a causa de pedir, que contém a afirmação do direito discutido, o dado a ser levado em consideração para a identificação do juízo competente. É com base neste critério que as varas de família, cível, penal etc. são criadas.

> As competências material e pessoal são exemplos de competência absoluta.
>
> Note que é possível haver uma combinação entre esses critérios. Imagine uma vara da Fazenda Pública, cuja competência se limita ao exame das demandas em que se discutam temas relacionados aos servidores públicos. Há uma competência em razão da pessoa (Vara da Fazenda) e uma competência em razão da matéria (servidores públicos).

c) Competência em razão do valor da causa: há regras de competência que são criadas a partir do valor da causa. O valor da causa é definido a partir do valor

do pedido, um dos elementos da demanda. Um bom exemplo de competência em razão do valor da causa é a competência dos Juizados Especiais.

O art. 63 do CPC permite a modificação da competência em razão do valor da causa. Seria, portanto, um exemplo de competência relativa. É por isso que o sujeito pode optar por demandar ou não perante o Juizado Especial Cível, no caso de uma demanda cujo valor é inferior ao do teto dos Juizados Especiais.

No entanto, a questão não é tão simples.

A competência dos Juizados Especiais Federais, onde houver, é absoluta (art. 3º, § 3º, Lei n. 10.259/2001). O mesmo ocorre com os Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública (art. 2º, § 4º, Lei n. 12.153/2009). Cria-se, pois, uma regra de competência em razão do valor da causa que é absoluta.

Do mesmo modo, quando há competência em razão do valor da causa, o juízo é *absolutamente incompetente* para conhecer das causas que extrapolem o limite estabelecido. Assim, por exemplo, se o juízo somente tiver competência para julgar causas até cem salários-mínimos, se ele conhece e julga uma causa cujo valor é cento e dez salários-mínimos, há incompetência absoluta. Perceba, portanto, que, abaixo do limite imposto pela lei, está-se diante de uma competência relativa; acima do limite, de competência absoluta.

> A Lei de Juizados Especiais Cíveis facilita a solução do problema, pois reputa ineficaz a sentença proferida pelo juiz acima do limite por ela previsto (art. 39 da Lei 9.099/1995). Assim, em vez de discutir a incompetência do juízo em tal situação, se absoluta ou relativa, simplesmente reputa ineficaz a parcela da sentença que exceder o limite legal.

12.3. Territorial

Os órgãos jurisdicionais exercem jurisdição nos limites das suas circunscrições territoriais. A competência territorial é a regra que determina em que território a causa deve ser processada. É o critério que distribui a competência em razão do lugar. Trata-se de competência, em regra, relativa, derrogável pela vontade das partes. As regras de competência territorial serão examinadas adiante, em item específico[45].

45. "... 'julgar os fatos no lugar onde eles surgem', afirma o parágrafo 18 da Constituição de Maryland de 1776, 'representa uma das maiores garantias da vida, da liberdade e da propriedade do povo'; e a ideia de que os juízes devessem ser escolhidos entre os 'homens da vizinhança' e que o julgamento ocorra 'no país' do imputado forma desde a *Magna Charta* um dos princípios mais arraigados e resistentes da tradição processual anglo-saxã" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 474.). GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. I, p. 172-173.

12.4. Funcional

12.4.1. Generalidades

A competência funcional – ou critério funcional de determinação da competência – relaciona-se com a distribuição das funções que devem ser exercidas em um mesmo processo. Toma-se por critério de distribuição aspectos endoprocessuais (internos), relacionados ao exercício das diversas atribuições que são exigidas do magistrado durante toda a marcha processual.[46] "O critério funcional puro é aquele que poderá ser auferido somente da relação jurídica processual".[47]

Vicente Greco Filho sistematizou a competência funcional de maneira bem interessante: a) por graus de jurisdição (originária ou recursal);[48] b) por fases do processo (cognição e execução, p. ex.); c) por objeto do juízo: assunção de competência (art. 947 do CPC), arguição de inconstitucionalidade em tribunal (art. 948 do CPC) etc.[49]

A distribuição da competência funcional pode ser visualizada em uma perspectiva *horizontal* (na mesma instância, como ocorre no caso de reconhecimento de inconstitucionalidade em tribunal) ou em uma perspectiva *vertical* (em instâncias diversas, como ocorre com a divisão da competência originária e da competência derivada).

Bom exemplo para visualizar a competência funcional (no caso, por objeto do juízo) é o do processo de apuração dos crimes dolosos contra a vida: a) ao juízo singular compete pronunciar ou impronunciar o réu, absolvê-lo sumariamente ou desqualificar o crime; b) uma vez pronunciado o réu, cabe ao Conselho de Sentença condenar ou absolvê-lo; c) uma vez condenado, voltam os autos ao Juiz Presidente, para que proceda à dosimetria da pena.

12.4.2. Competência funcional x competência territorial absoluta

Competência territorial e *competência funcional* são conceitos da Teoria Geral do Processo úteis para a compreensão das regras jurídicas de distribuição de competência.

---

46. "Os problemas de competência funcional surgem, então, quando o critério básico para a determinação da competência é aquele que encara a função do órgão jurisdicional..." (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. I, p. 275).
47. VINCENZI, Brunela Vieira de. Competência funcional – distorções. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, n. 105, p.275.
48. É bom que se esclareça que também é funcional (e, pois, absoluta) a competência do juízo singular para conhecer e julgar originariamente as causas que lhe sejam atribuídas.
49. *Direito processual civil brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. I, p. 172-173.

No Direito brasileiro, as regras de competência territorial submetem-se, normalmente, a um regime jurídico dispositivo, de modo que a incompetência territorial é considerada como um defeito que somente pode ser invocado pelo réu, que deve fazê-lo no primeiro momento possível, sob pena de preclusão. Já a incompetência funcional é considerada como *absoluta*, portanto pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional, enquanto o processo estiver pendente.

Há, porém, regras de competência *territorial*, cujo descumprimento se submete ao regime jurídico da incompetência absoluta (art. 47, §§1º e 2º, CPC, p. ex.). Não há qualquer problema nisso: o regime jurídico é determinado pelo direito positivo e não interfere no conceito de competência territorial, que é *lógico-jurídico*.

Sucede que há quem entenda que, quando fixada para que o órgão jurisdicional possa mais bem exercer as suas funções, a competência territorial é funcional[50]. Baralham-se, injustificadamente, conceitos que não se identificam. Equivocidade terminológica que se não pode tolerar[51].

O art. 2º da Lei n. 7.347/1985 é um belo exemplo dessa confusão: "As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa". Trata-se de regra de competência territorial ("foro do local do dano") para a ação civil pública. Ao prescrever que o juízo do foro do local do dano terá "competência funcional" para processar e julgar a causa, o legislador pretendeu impor a essa regra de competência o regime jurídico da incompetência absoluta. A confusão terminológica é tão evidente, que leis posteriores, percebendo o equívoco, trouxeram redação tecnicamente mais apurada (art. 209 da Lei n. 8.069/1990[52]; art. 80 da Lei n. 10.741/2003[53]).

Demais disso, a criação de outro conceito fundamental (competência territorial-funcional) também não se justifica: existe alguma regra de competência criada com a consciência de que o órgão julgador não exercerá da melhor maneira possível as suas funções? Por acaso, é possível dizer que, quando se estabelece o foro do domicílio do réu como o genericamente competente (art. 46 do CPC), não se

50. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. J. Guimarães Menegale (trad.). São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 187-195. Também assim LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Cândido Dinamarco (trad). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1, p. 65; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1.439.

51. Sobre essa confusão terminológica, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A expressão "competência funcional" no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública". *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 247-255.

52. Art. 209 da Lei n. 8.069/1990: "As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores".

53. Art. 80 da Lei n. 10.741/2003: "As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores".

objetiva que nesse local possa o magistrado mais bem exercer as suas funções? A dimensão substancial do devido processo legal, norma jurídica processual fundamental, impõe que as regras de competência jurisdicional sejam adequadas ao bom exercício da jurisdição.

Registre-se que doutrina mais recente, percebendo essa confusão, opta por considerar a competência da ação civil pública como exemplo de competência territorial absoluta[54].

13. PRINCIPAIS REGRAS DE COMPETÊNCIA TERRITORIAL

A regra geral de competência territorial é o domicílio do réu, para as *demandas pessoais* e para as *demandas reais mobiliárias* (art. 46, CPC). Se o réu tiver mais de um domicílio, fica a critério do autor demandar em qualquer deles – art. 46, §1º, do CPC, e art. 71 do Código Civil. Se o réu tiver domicílio incerto ou desconhecido, poderá ser demandado no foro do domicílio onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor (art. 46, §2º, do CPC). Se o réu estiver domiciliado no exterior, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, poderá ser proposta em qualquer lugar (art. 46, §3º, do CPC).[55] Se houver vários réus com domicílios diferentes, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor (art. 46, §4º, do CPC).

Há, porém, *foros especiais*, que merecem expressa referência.

O *Código de Defesa do Consumidor* determina que o foro competente para a discussão das relações de consumo é o do domicílio do autor-consumidor (art. 101, I, do CDC). É regra que beneficia o consumidor, mas não se trata de regra de competência absoluta, dela podendo abrir mão o beneficiário, elegendo o foro da regra geral (domicílio do demandado).

Do art. 47 do CPC decorre a regra geral para as ações reais imobiliárias: competente será o juízo da situação da coisa, *forum rei sitae*. O §1º do art. 47 do CPC

54. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Interesses difusos e coletivos". *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1993, n. 3, p. 193; MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência cível da justiça federal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19; VINCENZI, Brunela Vieira de. Competência funcional – distorções. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, n. 105, p.277-278; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 120-121.

55. Precedente do STJ confirma o que diz o dispositivo, mas adverte que a sua aplicação encerra algumas limitações: "COMPETÊNCIA. CONEXÃO DE CAUSA. INAPLICAÇÃO DA REGRA CONCERNENTE À PREVENÇÃO EM FACE DA INCOMPETÊNCIA DE UM DOS JUÍZOS ENVOLVIDOS. ART. 94, § 3º, DO CPC. No litisconsórcio passivo, se uma das rés tem sede no exterior e as outras no Brasil, a ação deve ser proposta no foro do domicílio destas, e não no da autora, pois a disposição do § 3º do art. 94 do CPC apenas se aplica se não existem outras litisconsortes com sede no Brasil" (REsp nº 223.742-PR). "A prevenção não é critério de determinação da competência e, sim, de fixação da competência. A sua aplicação pressupõe que os dois juízos envolvidos sejam igualmente competentes, o que não se dá na espécie presente. Conflito conhecido, declarado competente o MM. Juízo da 43ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro." (CC 29684 / RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 11.10.2000).

estabelece, porém, foros concorrentes: domicílio do réu ou foro de eleição, cabendo a escolha ao autor. No entanto, essa escolha não será possível nos casos de demandas que versem sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, nunciação de obra nova, divisão e demarcação de terras (art. 47, §§1º e 2º, CPC). Nesses casos, a competência é territorial absoluta.

> A *ação pauliana* (invalidação do negócio jurídico em razão de fraude contra credores) tem natureza pessoal, mesmo se o negócio que se pretenda desconstituir tiver por objeto um imóvel.[56]
>
> As *ações edilícias* (arts. 441-442, Código Civil, redibitória e *quanti minoris*)[57] também têm natureza de ação pessoal, e, mesmo se disserem respeito a imóveis, não se submetem à regra do art. 47 do CPC. São os meios processuais para dar efeito à garantia de proteção contra os vícios ocultos da coisa; pode o adquirente utilizar-se de uma ou de outra, mas não lhe é dado cumulá-las.
>
> A ação *ex empto* (art. 500, Código Civil) também tem natureza pessoal, não se submetendo à regra especial do art. 47 do CPC. Trata-se de ação para os casos de venda *ad mensuram* (aquela em que se determina a área do imóvel vendido, estipulando-se o preço por medida de extensão): poderá o comprador ingressar com ação, ao objetivo de que seja entregue a parte faltante da coisa.[58]
>
> São exemplos de outras ações reais:[59] a) *confessória*: funda-se na propriedade e na servidão e visa ao reconhecimento de servidão e a respeitar os seus limites; b) *demolitória:* funda-se na propriedade e nos direitos de vizinhança e visa à demolição de prédio construído em desrespeito às regras do direito de vizinhança; c) *discriminatória:*

---

56. Convém reproduzir este julgado do STJ, que parece baralhar os conceitos: "A ação ajuizada não versa somente sobre a simples declaração de nulidade de procuração considerada falsa, mas, também, sobre a declaração de nulidade do próprio registro da escritura de compra e venda efetivada por meio daquela procuração, conforme requerido pelo autor. Por isso a Seção considerou que, embora não se trate propriamente de uma ação anulatória de escritura de compra e venda, no caso a ação está entre aquelas descritas no art. 95 do CPC. Em se tratando de ação sobre direito real, é competente o juízo do foro da situação do imóvel. Precedentes citados do STF: RE 84.698-PI, DJ 8/9/1976, e RE 99.395-SC, DJ 1º/7/1983. CC 26.293-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/2/2002".
57. Chamam-se edilícias, "porque se devem, com fisionomia semelhante à que têm hoje, aos *edis curuis* da velha Roma. No antigo direito romano, muito limitada era a responsabilidade do alienante pelos vícios ocultos da coisa. Foram aqueles magistrados, com o fim de sanear as vendas de gado e de escravos nos mercados, onde era frequente a prática de fraudes, que concederam ao adquirente lesado a *actio redhibitoria* e a *actio aestimatoria* ou *quanti minoris...*". MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Quanti minoris". *Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 204.
58. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery a consideram um exemplo de ação real e, então, deverá ser proposta no foro da situação da coisa (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 561).
59. Indica-se a leitura do "Quadro Prático das Principais Ações Reais e dos Interditos Possessórios" elaborado por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.232-1.236).

> visa a discriminar as terras devolutas; d) *imissão na posse*: busca-se a posse com base no domínio, sem que se tenha tido anteriormente a posse vindicada; e) *publiciana*: é a reivindicatória proposta por quem usucapiu o bem, mas não teve reconhecida por sentença a usucapião, é a "reivindicatória do proprietário de fato" (Nelson Nery Jr.), é a reivindicatória sem título; f) *reivindicatória*: ação do proprietário que tinha a posse e a perdeu; g) *negatória*: funda-se no direito de propriedade e tem o objetivo de impedir "que a plenitude do domínio seja violada pela constituição de injusta servidão".[60]

O art. 48 do CPC cuida do *foro de sucessão* ou do *"de cujus"*. A regra geral é a de que o foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Trata-se de competência relativa.[61] Quando o espólio for réu em litígios sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, o foro é de competência do domicílio da coisa, e não o do autor da herança, pois aquele prevalece sobre esse. Se o *de cujus* não tinha domicílio certo, o foro competente será o da situação dos bens imóveis; havendo bens imóveis em foros diferentes, será competente qualquer destes; não havendo bens imóveis, será competente o foro do local de qualquer dos bens do espólio (art. 48, parágrafo único, CPC).

Nas ações em que o *ausente* for réu, o foro será o do seu último domicílio (art. 49 do CPC), também competente para a arrecadação, o inventário, a partilha e o cumprimento de disposições testamentárias, caso haja sucessão definitiva.

Nas *ações contra incapaz*, competente será o foro do domicílio do seu representante (art. 50, CPC; art. 76, par. ún., Código Civil).

As causas em que Estado ou o Distrito Federal for autor serão propostas no foro de domicílio do réu; sendo réu o Estado ou o Distrito Federal, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou na capital do respectivo ente federado (art. 52, CPC). A regra é simétrica à da competência territorial da Justiça Federal, prevista nos arts. 109, §§1º e 2º, CF/1988, e no art. 51, CPC.

O art. 53, I, CPC, estabelece o foro para as causas que envolvam casamento e união estável. Determina-se o foro de domicílio do guardião de filho incapaz, para a

60. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.235.

61. Enunciado n. 58 da súmula da jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos: "Não é absoluta a competência definida no art. 96, do Código de Processo Civil, relativamente à abertura de inventário, ainda que existente interesse de menor, podendo a ação ser ajuizada em foro diverso do domicílio do inventariado".

ação de divórcio, separação, anulação de casamento, reconhecimento ou dissolução de união estável (art. 53, I, "a"); caso não haja filho incapaz, a competência será do foro de último domicílio do casal (art. 53, I, "b"); se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal, será competente o foro de domicílio do réu (art. 53, I, "c"). Há foros subsidiários; não são foros concorrentes: o primeiro é preferencial ao segundo, que é preferencial ao terceiro. A hipótese é de competência relativa. Se houver guarda compartilhada, o foro deve ser o de domicílio do réu, já que ele *também é guardião do incapaz.*

As demandas cíveis em cuja causa de pedir se afirme a ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher (a enumeração exemplificativa de formas de violência doméstica e familiar à mulher encontra-se no art. 7º da Lei n. 11.340/2006) poderão tramitar, à escolha da autora, no *foro a)* do seu domicílio ou residência, *b)* do lugar do fato em que se baseia a demanda, *c)* do domicílio do suposto agressor (art. 15, Lei n. 11.340/2006). Trata-se de uma hipótese em que há foros concorrentes, cuja escolha cabe à demandante. É hipótese de competência relativa, disponível, portanto. O tratamento privilegiado dado à mulher, neste caso, justifica-se pela situação de fragilidade em que se encontra quando é vítima de violência doméstica. É preciso, pois, que a demandante afirme a ocorrência deste ilícito para que incida a hipótese legal e se lhe permita a escolha de foros. Não haverá essa opção, por exemplo, em outras ações de família que não se baseiem na alegada prática violenta de que tenha sido vítima, que tramitará no foro determinado pelo inciso I do art. 53 do CPC. A escolha do foro pode ser feita perante a mesma autoridade policial competente para proceder ao registro da ocorrência da violência, que, de acordo com a lei, tem o poder de remeter ao juízo competente (que poderá ser o que a alegada vítima escolher) o pedido de concessão de "medidas protetivas de urgência" (art. 12, III, c/c art. 22 e segs., Lei n. 11.340/2006).

Nas ações em que se pedem alimentos, será o foro do domicílio ou residência do alimentando o competente para apreciá-las (art. 53, II, CPC). Quando cumulada com investigação de paternidade, prevalece o foro do alimentando – enunciado n. 01 da súmula do STJ. Na ação revisional de alimentos, também incide a regra. A hipótese é de competência relativa.

Quando a *pessoa jurídica* é demandada, competente é o juízo do lugar onde está a sua sede (art. 53, III, "a", CPC). Se se tratar de demanda proposta contra pessoa jurídica em razão de obrigação contraída por sua agência ou sucursal, será proposta em suas respectivas sedes (art. 53, III, "b", CPC). Se a ré for sociedade ou associação sem personalidade jurídica, a causa deve ser ajuizada no lugar em que exerce as suas atividades (art. 53, III, "c", CPC).

A alínea "d" do inciso III do art. 53 do CPC estabelece o *forum obligationis* ou *forum destinatae solutionis*, o foro para o cumprimento de obrigações. A ação em que se exigir o cumprimento de obrigação será ajuizada perante o foro do lugar

onde deve ser satisfeita. Essa alínea incide para os casos de obrigação contratual. A regra também se aplica aos casos de ação que visa à anulação do contrato ou à declaração de sua validade: "A jurisprudência do STJ consolidou entendimento registrando que pretensões desconstitutivas ou executórias devem ser propostas no foro onde se devem cumprir tais avenças. (STJ, 3ª T., REsp. n. 52.012, rel. Waldemar Zveiter, j. 14.08.1995, DJ de 13.11.1995).

Cumpre pontuar, porém, o art. 39 da Lei n. 4.886/1965, que estabelece regra especial de competência para *as ações oriundas do contrato de representação comercial*: o domicílio do representante comercial. Há decisões do STJ que reconhecem natureza de competência absoluta a essa regra, o que tornaria ilícita a cláusula de foro de eleição que a modificasse (3ª. T., REsp n. 608.983/MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 16.03.2004, DJ de 12.04.2004; 4ª. T., REsp n. 149.759, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.06.1998, DJ de 21.09.1998; 4ª. T., REsp n. 47.074, rel. Ruy Rosado Aguiar, j. 29.11.1994, DJ de 06.02.1995). Em *sentido contrário*, entendendo tratar-se de hipótese de competência relativa, STJ, 2ª. S., CC n. 19.849/PR, rel. Min. Costa Leite, j. 10.12.1997, DJ de 13.04.1998. Há outro julgado que não adentra essa discussão, mas afirma que, constatada a hipossuficiência do representante, deve prevalecer a regra especial de competência, em detrimento da cláusula de foro de eleição (4ª. T., REsp n. 533.230/RS, rel. César Asfor Rocha, j. 02.09.2003, DJ de 03.11.2003). Há, ainda, uma decisão, que reconhece como relativa a regra de competência desse art. 39, "podendo ser livremente alterada pelas partes, mesmo via contrato de adesão, desde que não haja hipossuficiência entre elas e que a mudança de foro não obstaculize o acesso à justiça do representante comercial" (2ª S., STJ, EREsp n. 579.324/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12.03.2008, publicado no DJ de 02.04.2008; STJ, 4ª T., AgRg nos EDcl no AREsp n. 266.616/CE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 05.03.2013, publicado no DJe de 12.03.2013). A cacofonia sobre o tema, no STJ, é evidente.

Ação proposta por idoso, em que se afirma direito decorrente do Estatuto do Idoso, poderá ser proposta no foro de sua residência (art. 53, III, "e", CPC). Trata-se de regra de competência relativa, aplicável apenas *às ações individuais*. Ação coletiva que versa sobre direito de idoso observará o disposto no art. 80 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), que estabelece regra de competência territorial absoluta.

O foro da sede da serventia notarial ou de registro é o competente para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício (art. 53, III, "f", CPC).

A alínea "a" do inciso IV do art. 53 do CPC estabelece o *forum comissi delicti* – foro para ação de responsabilidade civil extracontratual: é o foro do lugar do fato ou ato. Justifica-se a regra como medida de economia, tendo em vista a possibilidade de se fazerem perícias no local do dano, com menos custos.

Quando a reparação do dano decorrer de acidente de delito (ação civil *ex delicto*) ou de acidente de veículo, inclusive aeronaves, haverá foros concorrentes, pois poderá a demanda ser proposta no foro de domicílio do autor ou do local do fato, ou ainda, se optar o autor (art. 53, V, CPC). Pode o autor optar, ainda, pelo foro de domicílio do réu, que se presume favorável ao demandado. A regra é de competência relativa.

> *Extensão do privilégio à seguradora.* "Esse foro excepcional, assegurado à vítima de delito ou de acidente de veículo, em homenagem a sua situação pessoal, 'constitui prerrogativa processual que não se transmite ao que se sub-roga no direito de receber indenização' (STJ, 3ª T., REsp n. 17.794, rel. Min. Nilson Naves, j. 31.08.1992, DJ de 13.10.1992; 4ª. T., REsp n. 19.767/CE, rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.11.1993, DJ de 07.02.1994, p. 1.185). Assim, a seguradora sub-rogada nos diretos da vítima, sua segurada, em termos de direito material coloca-se na posição do antigo credor da indenização, mas não em termos de direito processual; permitir destarte que a demanda seja ajuizada na sede da empresa seguradora é consequência que não estará na *mens legis*".[62]

Na ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios, competente será o juízo do lugar do ato ou fato da gestão (art. 53, IV, "b", CPC).

14. FOROS DISTRITAIS E SUBSEÇÕES JUDICIÁRIAS

Para terminar o exame da competência territorial, convém tecer algumas considerações sobre os *foros distritais* (a divisão territorial da comarca, que se faz por distritos; a comarca, produto de uma divisão territorial, é também repartida).

A orientação predominante é no sentido de serem considerados tais foros como absolutos, pois a sua instituição decorreria de normas cogentes, para atender à melhor distribuição da justiça. Doutrinadores e alguns tribunais entendem que a distribuição de competência nos chamados foros regionais ou varas distritais – o mesmo acontecendo com as varas federais do interior – é motivada por razões de interesse público, sendo, portanto, hipótese de competência improrrogável.

A Justiça Federal divide-se territorialmente em *seções judiciárias*. Cada Estado-membro corresponde a uma *seção*. A *seção judiciária* divide-se, por sua vez, em *subseções*: distribuição da competência federal *dentro* do território do Estado-membro. A *subseção* está para a *seção judiciária* assim como o *distrito* está para a *comarca*.

62. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 107.

Exatamente em razão disso, tem-se entendido que a divisão territorial da *seção judiciária* gera hipótese de competência territorial absoluta (equivocadamente tratada como competência *funcional*, consoante já visto), cujo desrespeito admite, por exemplo, o reconhecimento *ex officio* pelo magistrado. Trata-se de orientação bastante consolidada (ver, por exemplo, TRF 1ª Região, 2ª T., AC n. 1999.38.00.031604-6/MG, rel. Des. Catão Alves, j. 16.06.2004, publicado no DJ de 05.08.2004, p. 12). Essa é a razão para considerar lícita a *redistribuição* dos processos para as novas *subseções*, de acordo com a nova divisão territorial da competência: como se trata de alteração superveniente de competência absoluta (ainda que territorial), excepciona-se a regra da *perpetuação da jurisdição* prevista no art. 43 do CPC.

O STF, porém, ao editar o enunciado n. 689 da súmula da sua jurisprudência predominante, parece ter entendido de outra forma, pois permitiu que o segurado, domiciliado em município do interior que possui sede de Justiça Federal, demande contra o INSS no juízo federal da capital: "O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-membro".

15. MODIFICAÇÕES DA COMPETÊNCIA

15.1. Generalidades

Para analisar os casos de modificação de competência, há de se ter em vista a classificação da competência em absoluta e relativa. Dar-se-á a modificação ou prorrogação de competência quando se amplia a esfera de competência de um órgão judiciário para conhecer certas causas que não estariam, ordinariamente, compreendidas em suas atribuições jurisdicionais. Só há modificação da competência relativa.

Há casos de modificação legal (conexão e continência) e voluntária (foro de eleição e não alegação de incompetência relativa) da competência.

Vejamo-los.

15.2. Não alegação da incompetência relativa

A incompetência relativa é pelo réu em preliminar de contestação. Não alegada pelo réu a incompetência relativa, prorroga-se a competência.

> Na ação cautelar antecedente, o réu terá de arguir a incompetência relativa na respectiva contestação (art. 306, CPC); não arguida a incompetência relativa na contestação da ação cautelar, haverá prorrogação da competência, inclusive para o pedido principal.

Em regra, o Ministério Público alegará a incompetência relativa quando for réu. Nos casos em que atuar como fiscal da ordem jurídica na defesa de interesse de incapaz, o Ministério Público poderá alegar a incompetência relativa (art. 65, par. ún., CPC).

15.3. Foro de eleição

15.3.1. Generalidades

Como já dito, a competência relativa pode ser alterada pela vontade das partes, que elegerão foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações (art. 63, *caput*, CPC). O que se elege é o foro, não o juízo. Trata-se de norma que dá aplicação ao disposto no art. 78 do Código Civil. É um caso de prorrogação voluntária da competência, assim como a não alegação da incompetência relativa.

O acordo há de constar de negócio escrito, aludindo expressamente a determinado negócio jurídico (art. 63, §1º, CPC). Foro de eleição *oral* é, para o direito, ato jurídico inexistente. O foro contratual, como qualquer negócio processual, obriga herdeiros e sucessores (art. 63, §2º, CPC).

Anote-se, ainda, que não há óbice à eleição de mais de um foro pelas partes contratantes. Pense-se no exemplo da eleição de dois foros contratuais: um para a hipótese de ser parte autora o contratante "A" e outro para o caso de o demandante ser o contratante "B".

Nada impede, ainda, que, em um mesmo negócio jurídico, haja a eleição do foro e a convenção de arbitragem; nesse caso, o foro de eleição servirá para identificação do juízo competente para futura execução da sentença arbitral ou para a demanda para efetivação de medidas urgentes, hipóteses que fogem da competência do juízo arbitral.

Há uma questão antiga: *ao foro de eleição devem submeter-se todos os litígios relacionados ao contrato que o instituiu?*

Tendo feito amplo apanhado histórico, Moniz de Aragão demonstra que a cláusula de foro de eleição serve para fixar a competência em processos que resultam da obrigação do contrato; ações emanadas do negócio jurídico, incluindo também aquelas que discutam a sua interpretação. O texto do art. 78 do Código Civil parece indicar exatamente este sentido: "Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes". Deve-se entender a referência a contrato, como se fosse a "negócio jurídico", expressão com sentido mais amplo, exatamente como consta do §1º do art. 63 do CPC, tecnicamente mais sofisticado.

> "A competência do foro de eleição se restringe às questões que resultam do contrato em que foi ele especificado. Segue-se que somente as

> ações cuja *causa petendi* decorre do contrato é que devem ser propostas no foro de eleição. É o que sucederia, por exemplo, com a cobrança de prestações estabelecidas no contrato, ou mesmo na hipótese da rescisão deste último por inadimplemento, ou seja, pelo não-pagamento das prestações nele estabelecidas. Diverso, por exemplo, é o caso de anulação por vício de vontade, ou de declaração de nulidade por ilicitude do objeto, hipóteses em que a *causa petendi* não emana do contrato, mas de fatos jurídicos a ele externos e mesmo anteriores".[63]

Entretanto, há julgados que, mesmo em causas que versam sobre a validade do negócio, não excluem a competência do foro de eleição para processar e julgar a demanda, sob o fundamento de que, se a ação corre entre partes contratantes, que estipularam entre si a cláusula do foro de eleição, não se justifica a exclusão do foro eleito simplesmente por versar a demanda sobre a invalidade do pacto; justificada estaria a exclusão, caso os demandantes não houvessem sido parte originária da celebração do pacto.[64]

> "Os recorrentes ainda trazem à colação r. acórdão da egrégia Terceira Turma, segundo o qual, em caso de anulação de contrato, "não aplica-se a cláusula de foro de eleição, mas sim as regras gerais sobre o foro competente' (REsp 6237, rel. Min. Cláudio Santos). Ocorre que aquele precedente foi firmado diante de hipótese em que 'os agravantes não celebraram o contrato de arrendamento, dele permaneceram à margem, mas agora, como herdeiros e interessados, objetivam a decretação de sua nulidade, pelos vícios apontados, com retroação dos seus efeitos'. A situação, como se vê, era diversa, tendo sido naquele caso afastada a regra de eleição de foro a pedido da parte que não figurou no contrato e alegou sua invalidade, pelo que se entendeu que não poderia ter sua ação regida por contrato que não subscreveu e pretendia anular. Não é o que acontece aqui, sendo a ação entre partes contratantes, nada alegado quanto à livre manifestação de vontade na escolha do foro" (STJ, 4ª. T., REsp n. 287.600-PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 01.03.2001).

15.3.2. Ineficácia da cláusula abusiva de foro de eleição

A abusividade de cláusula de foro de eleição é defeito que pode ser reconhecido *ex ofício* pelo órgão jurisdicional.

---

63. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Notas sobre o foro de eleição". *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2000, n. 99, p. 155-156.

64. Nessa linha, ainda, o seguinte julgado: "PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO. FORO DE ELEIÇÃO. PREVALÊNCIA. Consoante entendimento perfilhado pela Terceira Turma em casos idênticos aos destes autos, inexiste, na hipótese, situação excepcional que justifique o afastamento da regra insculpida no artigo 111 do Código de Processo Civil, devendo prevalecer o foro eleito contratualmente". (RESP n. 494.037/BA, rel. Min. Castro Filho, publicado no DJ de 23.06.2003, p. 369).

Considera-se abusiva a cláusula de foro de eleição em *contratos de consumo*: *i)* se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de intelecção suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; *ii)* se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; *iii)* se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa (STJ, 4ª T., Resp. 56.711-4-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 07.02.1995).

Os fundamentos servem, *mutatis mutandis*, para os negócios que não são de consumo. É importante relacionar a regra com a proteção da parte vulnerável[65].

> "A cláusula de eleição de foro firmada em contrato de adesão é válida, desde que não tenha sido reconhecida a hipossuficiência de uma das partes ou embaraço ao acesso da justiça" (STJ, 4ª T.,AgRg no Ag n. 1.386.969/BA, Rel. Min. Raul Araújo, j. 03/05/2011, DJe 07.06.2011). No mesmo sentido, STJ, 3ª T., REsp n. 1.073.962/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.03.2012, publicado no DJe de 13.06.2012.

Reconhecida a abusividade da cláusula, o juiz determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu (art. 63, §3º, CPC). Mas o juiz somente poderá tomar essa providência até a citação do réu. É que, uma vez citado, cabe ao réu alegar, na contestação, a abusividade da cláusula, sob pena de preclusão (art. 63, §4º, CPC).

Esse regramento merece breves anotações:

a) Por imposição do art. 10 do CPC, o juiz somente poderá tomar essa decisão (art. 63, §3º) se, antes, ouvir o autor sobre a suposta abusividade da cláusula de eleição de foro. Não é possível decisão baseada em questão a respeito da qual não se deu a oportunidade de a parte manifestar-se, mesmo se a questão for trazida *ex officio*.

b) Abusiva pode ser cláusula de foro de eleição aposta em qualquer contrato, de adesão ou não. A lei não faz essa distinção. O CPC-1973 permitia o reconhecimento da abusividade de cláusula inserida em contrato de adesão, apenas (art. 112, par. ún., CPC-1973).

c) O caso excepciona a regra de que a incompetência relativa não pode ser conhecida *ex officio* pelo juiz. Foro de eleição diz respeito à competência relativa; a princípio, problemas a ele relacionados deveriam ser resolvidos por provocação dos interessados. O legislador, no caso, cria um regime especial de incompetência relativa: permite o controle *ex officio* pelo juiz, mas não o permite a qualquer

65. TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 288.

tempo, já que, citado o réu, cabe apenas a ele suscitar a abusividade. É um novo regime jurídico de reconhecimento de incompetência; a incompetência decorrente da abusividade de cláusula de foro contratual pode ser reconhecida *ex officio* (traço do regime de reconhecimento da incompetência absoluta), mas é suscetível de preclusão (traço do regime da incompetência relativa) – uma preclusão para o juiz.

15.3.3. Foro de eleição internacional

Admite-se a escolha de foro exclusivo estrangeiro, na elaboração de contratos internacionais (art. 25, CPC). Trata-se de acordo de jurisdição, pelo qual se escolhe o país onde a causa deve tramitar.

Não se permite foro de eleição internacional nos casos de competência internacional exclusiva da justiça brasileira (art. 23, CPC).

Ao foro de eleição internacional aplica-se o art. 63 do CPC, que cuida do foro de eleição interno, examinado nos itens anteriores (art. 25, §2º, CPC).

15.4. Conexão e continência

15.4.1. Considerações gerais sobre a conexão. Conceitos legais de conexão e continência. Insuficiência do conceito legal. A conexão por prejudicialidade ou por preliminaridade

Conexão é uma relação de semelhança entre demandas, que é considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos processuais. A conexão pressupõe demandas *distintas*, mas que mantêm entre si algum nível de vínculo.

Trata-se de conceito jurídico-positivo: cabe ao direito positivo estabelecer qual o tipo de vínculo considerado como relevante e quais são os seus efeitos jurídicos. Não há um conceito universal (jurídico-fundamental) de conexão.

> A conexão no processo penal, por exemplo, pode configurar-se quando houver acusação de prática de crimes por pessoas que estão vinculadas. Já no processo civil, normalmente reputam-se conexas demandas que possuam identidade de algum dos seus elementos objetivos (pedido ou causa de pedir) idênticos (p. ex.: art. 55 do CPC). Cogita-se conexão até mesmo quando o vínculo entre demandas se estabelece pela semelhança do objeto da prova (conexão probatória), a partir da concretização do princípio da eficiência, conforme mencionado no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil.

Diversos institutos processuais pressupõem *conexão*: cumulação de pedidos, litisconsórcio, reconvenção, modificação de competência etc. A conexão pode

caracterizar-se de maneira diferente para cada um desses institutos. Assim, é possível falar de conexão *para modificação de competência*, que se baseia em certo nível de vínculo entre as demandas, e de conexão *como pressuposto para a reconvenção*, que se verifica a partir do preenchimento de pressupostos diferentes.[66]

A conexão é fato jurídico processual que normalmente produz o efeito jurídico de determinar a *modificação da competência relativa*, de modo a que um único juízo tenha competência para processar e julgar todas as causas conexas. Esta é a conexão examinada neste item.

O regramento da continência é semelhante e, de acordo com o direito processual civil brasileiro, é um exemplo de conexão, produzindo os mesmos efeitos desta, com uma sutil diferença, prevista no art. 57 do CPC. Devem, pois, ser estudadas conjuntamente. O que se falar sobre a conexão vale, também, para a continência, ao menos no processo civil brasileiro.

A conexão, para fim de modificação de competência, tem por objetivo promover a eficiência processual (já que semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma causa sirva a outra) e evitar a prolação de decisões contraditórias. A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito principal e desejado, exatamente porque atende muito bem às funções da conexão.

A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito jurídico mais tradicional da conexão. O art. 55, §1º, determina que as causas conexas *serão reunidas* para decisão conjunta. Assim, se houver conexão, e for possível a reunião dos processos, o juiz *deve* reuni-los, pois se trata de regra processual cogente[67]. A conexão é fato que atribui ao órgão jurisdicional uma competência absoluta, por isso ele pode conhecer de ofício desta alteração de competência. Esse é o regramento básico do instituto no CPC.

> É possível, porém, que a conexão produza outro efeito jurídico. Imagine-se o caso de causas conexas que tramitem em juízos com competências materiais distintas ou que tramitem por procedimentos distintos. Nesse caso, não será possível a reunião dos processos, quer porque haveria alteração de competência absoluta (que se não admite no direito brasileiro), quer porque as causas não poderiam ser reunidas para tramitar por procedimentos diversos.

66. A propósito dos diversos conceitos de conexão, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.
67. No mesmo sentido, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2008, p. 172. *Em sentido diverso*, embora baseado no Direito anterior, cuja redação falava que o juiz "pode ordenar a reunião" (art. 105, CPC-1973), STJ, 5ª T., AgRg no REsp n. 1.118.918/SE, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. em 04.04.2013, publicado no Dje de 10.04.2013; STJ, 3ª. T., REsp n. 1.255.498/CE, rel. Ministro Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. em 19.06.2012, publicado no DJe de 29.08.2012.

> A conexão, então, fará com que uma das causas fique suspensa, à espera da decisão da outra, de modo a evitar que sejam proferidas decisões contraditórias (art. 313, V, "a", CPC; ver capítulo sobre "suspensão do processo", neste volume).
>
> Se não for possível a reunião, a conexão pode gerar a suspensão de um dos processos, portanto.
>
> É preciso, portanto, distinguir o *fato jurídico conexão* dos *efeitos jurídicos da conexão.*
>
> Conexão não é a reunião dos processos. Conexão é o fato que pode ter essa consequência. Pode haver conexão, como visto, sem que haja reunião dos processos. Essa distinção entre o fato (conexão) e o efeito (reunião) está bem posta no enunciado n. 235 da súmula da jurisprudência do STJ: "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado". Esse enunciado foi reproduzido no §1º do art. 55 do CPC: "§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado".

Partindo da premissa de que se trata de conceitos de direito positivo (contingentes, portanto; modificáveis por "vontade legislativa"), vejamos como eles aparecem no direito processual brasileiro.

O legislador brasileiro optou por conceituar *conexão* no art. 55 do CPC: "Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações, quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir".

Há, ainda, a previsão expressa de uma regra aberta de conexão em razão do vínculo entre os objetos litigiosos de dois ou mais processos. Se estiverem pendentes duas ações que possam gerar risco de decisões conflitantes ou contraditórias, devem ser elas reunidas, mesmo que não haja identidade de pedido ou de causa de pedir (art. 55, §3º, CPC); ou seja, mesmo que não haja conexão nos termos do *caput* do art. 55 do CPC.

O §3º do art. 55 do CPC traz outra hipótese de conexão, mais aberta e, por isso, mais flexível. A abertura do enunciado normativo parece atender a antiga e generalizada reclamação doutrinária[68], que apontava a insuficiência, no particular, do CPC-1973, que possuía apenas enunciado semelhante ao atual art. 55. Problema resolvido.

68. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 125-126; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 465; OLIVEIRA Neto, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 62; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 1, p. 170-174; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007, *passim*.

> A percepção de que o conceito legal de conexão era mínimo, ao tempo do CPC-1973, era pacífica na doutrina e na jurisprudência. Basta referir a alguns casos de conexão que foram reconhecidos pelos tribunais, a despeito de não se encaixarem nos estritos termos do at. 103 do CPC-1973: a) ação de execução fiscal e ação anulatória de auto de infração (STJ, 1ª T., REsp n. 774.030/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 15.03.2007, publicado no DJ de 09.04.2007, p. 229); b) ação de alimentos aforada pelo filho menor contra o seu pai e a ação de guarda e busca e apreensão promovida por este contra a mãe daquele que objetive a sua guarda (STJ, 2ª S., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 09.09.1998, publicado no DJ de 23.11.1998); c) ação de despejo e de execução do respectivo contrato (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 656.277/RJ, rel. Min. Celso Limongi, j. em 18.05.2010, publicado no J de 07.06.2010).

A conexão, neste caso, decorrerá do vínculo que se estabelece entre as relações jurídicas litigiosas. Haverá conexão se a *mesma relação jurídica* estiver sendo examinada em ambos os processo, ou se *diversas relações jurídicas,* mas entre elas houver um vínculo de prejudicialidade ou preliminaridade – sobre as prejudiciais e as preliminares, ver o capítulo sobre teoria da cognição, neste volume do *Curso*.

Vejamos dois exemplos, um de cada caso: *i)* mesma relação jurídica, discutida em dois processos distintos: ação de despejo por falta de pagamento e ação de consignação em pagamento dos mencionados alugueres (discute-se a mesma relação jurídica locatícia); *ii)* diversas relações jurídicas, que no entanto estão ligadas: investigação de paternidade e alimentos (relação jurídica de filiação e relação jurídica de alimentos, embora distintas, umbilicalmente ligadas).

O art. 56 do CPC define *continência*: "Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais".

O conceito de *continência,* curiosamente, está contido no conceito de *conexão,* previsto no *caput* do art. 55 do CPC, pois para que haja *continência* é necessária a identidade de causa de pedir, e se isso ocorre já é caso de *conexão*; a *continência* é exemplo de *conexão*.

Não se deve confundir *continência* com *litispendência*: na continência o pedido de uma demanda abrange (contém) o pedido da outra. Pedido aqui não é o conjunto dos pedidos formulados em uma petição inicial, mas cada um dos pedidos efetivamente deduzidos. Se em uma demanda há três pedidos e na outra há dois pedidos, não há continência porque a primeira "conteria" a segunda. Se os pedidos formulados na segunda demanda também foram formulados na primeira, o caso é de *litispendência parcial*. Na *continência* os pedidos das causas pendentes são diversos: um engloba o outro. Dois exemplos: *i)* se se pede a anulação de um contrato, em uma demanda, e a anulação de uma cláusula do mesmo contrato, embora diferentes os

pedidos, o primeiro engloba o segundo; *ii)* pedido de anulação do ato de inscrição de crédito tributário na dívida ativa e pedido de anulação do ato de lançamento (esse engloba aquele, visto que a anulação do ato de lançamento implicará a anulação dos que lhe forem subsequentes, inclusive o de inscrição em dívida ativa).

Há duas situações possíveis: a ação maior (continente) é anterior à ação menor (contida); a ação maior é posterior à ação menor. O art. 57 do CPC disciplina ambos os casos: "Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, o processo relativo à ação contida será extinto sem resolução de mérito; caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas".

15.4.2. Forma de alegação.

Qualquer das partes pode alegar a conexão/continência, que de resto pode ser conhecida *ex officio* pelo juiz. Normalmente, quando o autor alega a conexão o faz já na petição inicial, quando pede, *incontinenti*, a distribuição por dependência (art. 286, I, CPC).

> Perceba que o órgão jurisdicional pode, *ex officio*, conhecer da *modificação legal da competência relativa* (conexão e continência), mas não pode conhecer de ofício da *incompetência relativa*. São fatos distintos a *modificação da competência*, alegável a qualquer tempo e cognoscível de ofício, e a *incompetência relativa*, que somente pode ser alegada pelo réu.

Ao réu cabe alegar a conexão em preliminar de contestação.

15.4.3. Distinção entre a alegação de modificação de competência e a alegação de incompetência relativa

Diante de tudo o quanto se expôs, é preciso, finalmente, reiterar a lição: não se pode confundir a *alegação de modificação da competência* com *alegação da incompetência relativa.*[69]

Ao afirmar a ocorrência de uma hipótese de modificação de competência, parte-se da premissa de que o órgão jurisdicional é competente, mas, em razão da prorrogação da competência, deve a causa ser remetida a outro órgão jurisdicional, o prevento (é nisso que consiste a *modificação*). Quando se aponta a incompetência relativa, nega-se, de logo, que o juízo tenha competência para conduzir a causa, pedindo-se a remessa dos autos ao juízo *competente.*

69. Neste sentido, STJ, 4ª T., REsp n. 1.156.306, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 20.08.2013, publicado no DJe de 03.09.2013, publicado no informativo 529.

A competência que surge para o juízo prevento tem natureza absoluta (funcional), sendo essa a razão pela qual é possível o conhecimento *ex officio* da conexão ou da continência: ao autorizar a modificação da competência, surge uma hipótese de competência absoluta do órgão jurisdicional prevento, que justifica, inclusive, a quebra da perpetuação da jurisdição prevista no art. 43 do CPC. A *modificação legal* da competência é uma questão que transcende o interesse das partes, indisponível, portanto, na medida em que se relaciona com a eficiência processual e serve para minimizar os riscos de desarmonia das decisões.

Cabe, assim, apresentar um quadro distintivo.

	Alegação de modificação de competência relativa	Alegação de incompetência relativa
Legitimidade	Qualquer das partes pode suscitar a questão, além de o órgão jurisdicional poder conhecê-la *ex officio*	Somente o réu pode suscitar a questão. O Ministério Público pode alegar incompetência relativa nas causas em que intervenha.
Efeito do acolhimento	Remessa dos autos ao juízo prevento	Remessa dos autos ao juízo competente
Forma de alegação	No bojo da petição inicial ou contestação, por simples petição ou até mesmo oralmente	Na contestação
Momento	Enquanto o processo estiver pendente	No primeiro momento que couber ao réu falar nos autos, sob pena de preclusão

15.4.4. Conexão entre demanda executiva e demanda de conhecimento e conexão entre demandas executivas

O inciso I do §2º do art. 55 do CPC resolveu antiga divergência doutrinária sobre a possibilidade de reunião de um demanda de conhecimento com um demanda de execução, conexas entre si. Determina-se a reunião da execução de título extrajudicial com a ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico. Há, entre elas, relação de prejudicialidade, que justifica a reunião das causas em um mesmo juízo, para processamento simultâneo[70]. A jurisprudência já autorizava essa reunião, mesmo ao tempo do CPC-1973[71].

70. Acolheu-se posicionamento defendido por OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 89-90; MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002, p. 128-129; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 1, p. 178-179.

71. Admitindo a reunião de ação anulatória e execução fiscal, em razão de conexão por prejudicialidade, ao tempo do CPC-1973: STJ, 2ª T., REsp n. 603.311/SE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 14.06.2005, publicado no DJ de 15.08.2005,

Há, por exemplo, nítida relação de prejudicialidade entre uma demanda de revisão ou extinção de um contrato e outra que determine a execução desse mesmo contrato[72].

O inciso II do §1º do art. 55 do CPC cuida da conexão entre *execuções*. Diz-se, claramente, que execuções fundadas em um mesmo título executivo devem processar-se simultaneamente.

15.4.5. Conexão por afinidade. Um novo modelo de conexão para o julgamento de casos repetitivos

O CPC criou um sistema de julgamento de casos repetitivos: seja pelo julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal (arts. 976 e segs., CPC), seja pelo julgamento dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos (arts. 1.036-1.041, CPC).

Esses artigos preveem um novo caso de conexão no direito brasileiro: uma *conexão por afinidade* entre as causas repetitivas. Opta-se pelo termo *afinidade* por uma questão prática: trata-se de designação para certo tipo de vínculo entre causas já bastante consagrada na doutrina brasileira, que serve à aplicação do inciso III do art. 113 do CPC (*litisconsórcio por afinidade*, examinado no capítulo respectivo neste volume do *Curso*). As "causas repetitivas" são exatamente aquelas em que os autores poderiam ter sido litisconsortes por *afinidade*, mas, por variadas razões, optaram por demandar isoladamente.

De acordo com o modelo tradicional de conexão previsto nos arts. 55-58 do CPC, essas causas não poderiam ser consideradas conexas: não há pedido nem causa de pedir iguais. Também não há entre elas relação de prejudicialidade ou preliminaridade: a solução de uma em nada afeta a solução da outra. Trata-se de causas que se relacionam pela *afinidade* de algumas questões de fato ou de direito.

---

p. 249; STJ, 1ª T., REsp n. 574.357/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 25.04.2006, publicado no DJ de 04.05.2006, p. 439; STJ, 1ª T., REsp n. 517.891/PB, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.09.2003, publicado no DJ de 29.09.2003, p. 169. Convém transcrever os itens 5, 6 e 7 da ementa desse último julgado do STJ: "5. Conciliando-se os preceitos tem-se que, precedendo a ação anulatória, a execução, aquela passa a exercer perante esta inegável influência prejudicial a recomendar o *simultaneus processus*, posto conexas pela prejudicialidade, forma expressiva de conexão a recomendar a reunião das ações, como expediente apto a evitar decisões inconciliáveis. 6. O juízo único é o que guarda a mais significativa competência funcional para verificar a verossimilhança do alegado na ação de conhecimento e permitir prossiga o processo satisfativo ou se suspenda o mesmo. 7. Refoge à razoabilidade permitir que a ação anulatória do débito caminhe isoladamente da execução calcada na obrigação que se quer nulificar, por isso que, exitosa a ação de conhecimento, o seu resultado pode frustrar-se diante de execução já ultimada". No mesmo sentido, STJ, 1ª T., REsp n. 774.030/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 15.03.2007, publicado no DJ de 09.04.2007, p. 229.

72. OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 89-90; MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002, p. 234-236.

As causas repetitivas têm exigido do legislador e da doutrina uma atenção especial. Elas são as grandes responsáveis pela crise do Poder Judiciário. São milhões (sem exagero) de demandas ajuizadas com questões idênticas (a correção dos expurgos inflacionários causados pelos planos econômicos governamentais de 1989 e 1990 nas contas de FGTS é o principal exemplo).

Sucede que, em vez de essa conexão determinar a reunião das causas para processamento e julgamento simultâneos (como ocorre com a conexão para fim de modificação de competência, art. 58, CPC), outros são os efeitos jurídicos desta nova modalidade de vínculo entre causas: a) escolha de alguns "casos-piloto", que funcionam como amostras; e b) sobrestamento dos demais processos, à espera da fixação da tese jurídica a ser aplicada a todos os casos.

De fato, não seria razoável que a conexão, no caso de demandas repetitivas, tivesse por efeito a reunião dos processos em um mesmo juízo, o que certamente causaria grande confusão e problemas para a solução dos litígios em tempo adequado. Mostra-se aqui, mais uma vez, a força do princípio da adequação do processo, que impõe um processo diferenciado para o julgamento das causas de massa.

É bom lembrar que conexão é um conceito jurídico-positivo. No direito processual civil brasileiro, é bem aceita a ideia de que há "várias" espécies de conexão, conforme visto: modificação de competência (art. 55, CPC), pressuposto da reconvenção (art. 343, CPC), formação do litisconsórcio (art. 113, II, CPC), conexão por acessoriedade (art. 61, CPC), conexão por sucessividade (art. 516, II, CPC) etc. Cada uma dessas modalidades de conexão tem os seus próprios pressupostos e os seus efeitos jurídicos típicos.

O legislador, com a introdução desse sistema de julgamento de casos repetitivos, trouxe uma nova hipótese de conexão, com pressupostos e efeitos próprios.

É preciso perceber isso.

15.5. Prevenção

A prevenção é critério para exclusão dos demais juízos competentes de um mesmo foro ou tribunal. A prevenção não é fator de determinação de competência. Por força da prevenção permanece apenas a competência de um entre vários juízos competentes, excluindo-se os demais. A prevenção funciona como mecanismo de integração em casos de conexão: é o instrumento para que se saiba em qual juízo serão reunidas as causas conexas.

A prevenção decorre do registro ou da distribuição da petição inicial (art. 59, CPC). Se houver mais de uma vara na comarca, a petição inicial há de ser distribuída; caso seja comarca de vara única, a petição será apenas registrada. Critério simples e único. Prevento é o juízo a que primeiramente foi designada uma das causas conexas.

15.6. Outras regras de modificação da competência

Há, ainda, outras regras de modificação de competência.

a) Imóvel situado em mais de um Estado, comarca, seção ou subseção judiciária (art. 60, CPC): determina-se o foro pela prevenção, estendendo-se a competência sobre a totalidade do imóvel. Trata-se de um caso de extraterritorialidade, pois o juízo terá a sua jurisdição estendida além dos limites do seu foro, para abranger a parcela do imóvel que está em outra comarca.

b) Ações acessórias (art. 61 do CPC): ação acessória é a demanda secundária destinada a complementar ação mais importante do ponto de vista do autor, denominado de principal. Competente será o juízo da ação principal. Se antecedente, o autor deverá ajuizar ação no juízo competente para julgar a principal. Se incidental ou posterior, perante o juízo que conheceu a principal. Alguns denominam esse fenômeno de conexão por acessoriedade.

16. RECORRIBILIDADE DA DECISÃO SOBRE COMPETÊNCIA

O art. 1.015, III, CPC, prevê o cabimento do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que *rejeita* a alegação de convenção de arbitragem – prevê o agravo de instrumento, portanto, contra decisão que nega eficácia a negócio processual que diz respeito à competência, ainda que reflexamente. A decisão que *acolhe* a alegação de convenção de arbitragem é sentença e, pois, apelável.

Não há previsão expressa de agravo de instrumento contra decisões que versam sobre competência.

As hipóteses de cabimento de agravo de instrumento são taxativas. A taxatividade não impede, porém, a interpretação extensiva.

Um exemplo histórico serve para fundamentar esse raciocínio. As hipóteses de cabimento de ação rescisória são taxativas – não há sequer discussão a respeito do assunto na doutrina. O inciso VIII do art. 485 do CPC-1973 previa a ação rescisória para o caso de haver razão para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseava a sentença rescindenda. Nada obstante isso, a doutrina estendia essa hipótese de cabimento para os casos de *reconhecimento da procedência do pedido*, não previsto expressamente, além de corrigir a referência à desistência, que deveria ser lida como *renúncia ao direito sobre o que se funda a ação*. O entendimento era unânime[73].

73. Sobre o assunto, longamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 141; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 407-410.

A interpretação extensiva da hipótese de cabimento de agravo de instrumento prevista no inciso III do art. 1.015 é plenamente aceitável. É preciso interpretar o inciso III do art. 1.015 do CPC para abranger as decisões interlocutórias que versam sobre competência.

> O foro de eleição é um exemplo de negócio jurídico processual; a convenção de arbitragem, também. Ambos, a sua maneira, são negócios que dizem respeito à competência do órgão jurisdicional.

Primeiramente, em razão da identidade de *ratio*: são situações muito semelhantes, as quais, até mesmo pela incidência do princípio da igualdade (art. 7º, CPC), não poderiam ser tratadas diferentemente: alegação de convenção de arbitragem e alegação de incompetência têm por objetivo, substancialmente, afastar o juízo da causa. Ambas são formas de fazer valer em juízo o direito fundamental ao juiz natural – juiz competente e imparcial, como se sabe.

Em segundo lugar, caso não se admita o agravo de instrumento nessa hipótese, perderia a utilidade a discussão sobre o foro de eleição. É que, sendo caso de incompetência relativa, o reconhecimento futuro da incompetência do juízo em razão do foro de eleição, por ocasião do julgamento da apelação (art. 1.009, §1º, CPC), seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente incompetente e, ademais, a decisão não poderia ser invalidada. Essa é a razão pela qual se previu o agravo de instrumento da decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem: ou cabe o recurso imediatamente, ou a discussão perderia sentido após a tramitação inteira do processo em primeira instância.

Em terceiro lugar, qualquer decisão sobre alegação de convenção de arbitragem é impugnável, quer seja ela acolhida (apelação), quer tenha sido ela rejeitada (agravo de instrumento). A decisão que examina a alegação de incompetência é, em regra, decisão interlocutória – acolhendo-a ou rejeitando-a; o processo não se extingue, no máximo sendo reencaminhado ao juízo competente, caso a alegação tenha sido acolhida[74]. Não há razão para que a alegação de incompetência tenha um tratamento não isonômico.

Em quarto lugar, imagine-se o caso de decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho. Caso não seja possível impugná-la imediatamente, pelo agravo de instrumento, a decisão se tornaria rigorosamente irrecorrível, já que o Tribunal Regional do Trabalho, ao julgar o recurso ordinário contra a futura sentença do juiz trabalhista, não poderia rever a decisão proferida no juízo comum – o TRT somente tem competência derivada para rever decisões de juízos do trabalho a ele vinculados.

74. Ressalvados os excepcionais casos em que a incompetência leva à extinção do processo: Juizados Especiais e a incompetência internacional.

Bem pensadas as coisas, portanto, é preciso estender a hipótese do inciso III do art. 1.015 a qualquer decisão sobre a competência do juízo, seja ela relativa, seja ela absoluta.

Esta é a posição deste *Curso*.

17. CONFLITO DE COMPETÊNCIA

17.1. Conceito

É o fato de dois ou mais juízes se darem por competentes (conflito positivo, art. 66, I, CPC) ou incompetentes (conflito negativo, art. 66, II, CPC) para o julgamento da mesma causa ou de mais de uma causa (em caso de reunião por conexão, art. 66, III, CPC).

O conflito deve ser dirimido, para que apenas um seja declarado competente e possa julgar a(s) causa(s).

É muito difícil imaginar um conflito positivo de competência que envolva apenas uma causa. Normalmente, o conflito positivo diz respeito à reunião de causas conexas, em que se discute qual é o juízo prevento. Barbosa Moreira explica, porém, um caso de conflito positivo que envolve apenas uma causa. Trata-se de situação relacionada à litispendência: é preciso saber em que juízo a causa deve tramitar. Uma parte suscita a litispendência (existência de outro processo em que se discute demanda idêntica); é preciso definir em qual dos dois juízos a causa será processada. Se ambos os juízos recusarem-se a extinguir o processo em razão da litispendência, há conflito positivo, pois ambos se reputam competentes para julgar aquela demanda[75].

Conforme o enunciado n. 59 da súmula do STJ, não se cogita conflito de competência se uma das causas já foi julgada.

Também não há conflito se entre os juízos houver diferença hierárquica, prevalecendo o posicionamento do juízo hierarquicamente superior, por exemplo: não há conflito entre STF e qualquer outro juízo, entre STJ e TRF/TJ, entre TJ e Tribunal de Alçada[76] (enunciado n. 22 da súmula da jurisprudência dominante do STJ), entre TJ/TRF e juiz estadual/federal a ele vinculado etc.[77]

75. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Conflito positivo e litispendência". *Temas de direito processual – segunda série*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 48.

76. Atente-se para a extinção dos Tribunais de Alçada promovida pelo art. 4º da Emenda Constitucional nº 45 de 8 Dezembro de 2004.

77. Assim, por exemplo, STF, Pleno, CC n. 7.161/RJ, rel. Min. Marco Aurelio, publicado no DJ de 26.11.2004: "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL VERSUS SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. As decisões do Superior Tribunal de Justiça obrigam os regionais federais, na definição da competência. Impossível é o conflito de competência negativo consideradas cortes que estão em patamares diversos". No mesmo sentido, FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 111.

É possível, porém, que surja conflito entre um tribunal e um juiz a ele não vinculado.

17.2. Incompetência, remessa dos autos e conflito de competência

Já vimos que, reconhecida a incompetência do juízo, a causa deverá ser remetida ao juízo tido como competente. Se esse juízo não aceitar a competência que lhe foi declinada, deverá suscitar conflito, salvo se a atribuir a outro juízo (art. 66, par. ún., CPC). De fato, o juízo atribui ao outro a competência para julgar determinado conflito; se esse outro não a aceita, o caso é de conflito de competência, salvo se o segundo declinar a competência para outro juízo.

17.3. Legitimidade e participação do Ministério Público

Podem suscitar o conflito o juiz ou tribunal, por ofício, o membro do Ministério Público ou qualquer das partes, por petição (art. 953, CPC). O ofício e a petição serão instruídos com os documentos necessários à prova do conflito (art. 953, par. ún., CPC).

Se o Ministério Público não o tiver suscitado, deverá ser ouvido, obrigatoriamente, no conflito de competência instaurado nas causas em que a sua intervenção seja obrigatória (art. 951, par. ún., CPC).

A parte que alegou incompetência relativa não pode suscitar o conflito, pois já teve a oportunidade de manifestar-se sobre a competência e optou por arguir a exceção (art. 952, do CPC). No entanto, caso venha a surgir posterior conflito de competência com objeto distinto da alegação de incompetência oferecida pela parte, terá ela legitimidade para suscitar o conflito. É que o art. 952 impede apenas o *venire contra factum proprium*, que é a alegação de conflito de competência após a alegação de incompetência relativa quanto ao mesmo objeto, não em relação a conflitos posteriores. O objetivo da lei, segundo Athos Carneiro, foi impedir que a parte utilizasse, *simultaneamente*, ambos os meios de controle da competência. Entende o autor que é possível o uso *sucessivo* desses mecanismos de controle da competência. É possível, por exemplo, que, após a alegação de incompetência relativa, surja o conflito: o juízo que recebeu a causa em razão da declinação pode negar a sua competência, não a aceitando, situação que, conforme vimos, autoriza a instauração do conflito.

O conflito de competência não obsta que a parte que não o suscitou alegue a incompetência relativa (art. 952, par. ún., CPC).

17.4. Competência

A competência para julgar o conflito de competência *será sempre de um tribunal*.

O STF tem competência sempre que, no conflito, estiver envolvido um tribunal superior. É o que determina o art. 102, I, "o", da CF/1988: "os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal". Trata-se de uma competência determinada em razão da pessoa: a presença de um tribunal superior como um dos juízos conflitantes faz com que a causa seja da competência do STF.

Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais devem processar e julgar os conflitos de competência entre juízes a eles vinculados. Se o conflito envolver juízes vinculados a tribunais diversos, a competência será do STJ.

As demais hipóteses de conflito são da competência do STJ, de acordo com o art. 105, I, "d", da CF/1988: os conflitos de competência entre tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos. Note-se que se a discussão envolver tribunal e juiz a ele vinculado, não se pode falar propriamente de conflito, pois deve prevalecer a orientação determinada pelo mesmo tribunal.

> Como se viu no capítulo sobre jurisdição, a arbitragem é, no Brasil, jurisdição. Não obstante, o STJ não conheceu de conflito de competência suscitado por câmaras de arbitragem, que se afirmavam competentes para julgar determinado conflito (CC n. 113.260-SP, rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. em 08.09.2010).
>
> O STJ já admitiu conflito de competência entre um árbitro e um juiz estatal (STJ, 2ª S., CC n. 111.230-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 8.5.2013, publicado no informativo 522).
>
> Diante da regra do art. 485, VII, do CPC, isso não deve mais ocorrer: o juiz estatal deve esperar a decisão do árbitro sobre a sua competência, se já houver processo arbitral pendente; se não fizer isso, e não acolher a alegação de convenção de arbitragem, caberá agravo de instrumento contra a sua decisão; se acolher, cabe apelação[78].

A EC n. 45/2004 deixou claro que, se o conflito de competência se der entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvada a competência do STF, será dos tribunais trabalhistas a competência para apreciá-lo e julgá-lo (art. 114, V, CF/1988). Aliás, editara o STJ o enunciado n. 180 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Na lide trabalhista, compete ao Tribunal Regional do Trabalho dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre Juiz Estadual e Junta de Conciliação

78. TALAMINI, Eduardo. "Arguição de convenção arbitral no projeto de novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem)". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 426.

e Julgamento". As juntas de conciliação foram extintas, e que agora existem apenas as chamadas varas do trabalho.

O STF decidiu que a competência para julgar o conflito entre juiz federal e juiz de juizado federal é do TRF, se ambos pertencerem à mesma Região (STF, Pleno, RE n. 590.409, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26.08.2009). O STJ, que entendia ser dele a competência nesta situação (n. 348 da sua súmula, ora cancelado), alinhou-se ao entendimento do STF, conforme se vê do n. 428 de sua súmula: "Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária". Se o conflito envolver juízos vinculados a tribunais regionais federais diversos, a competência será do STJ.

17.5. Procedimento

Após a distribuição da petição ou do ofício, o relator, no tribunal, determinará a oitiva dos juízes em conflito ou, se um deles for suscitante, apenas do suscitado; no prazo designado pelo relator, incumbirá ao juiz ou juízes prestar as informações (art. 954, CPC).

O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo; nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (art. 955, CPC).

O relator poderá julgar, monocraticamente, o conflito de competência quando sua decisão se fundar em: I – súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; II – tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (art. 955, par. ún., CPC). Contra a decisão do relator que julgar monocraticamente o conflito de competência cabe agravo interno (art. 1.021, CPC).

Decorrido o prazo designado pelo relator, será ouvido o Ministério Público, no prazo de cinco dias, ainda que as informações não tenham sido prestadas; em seguida, o conflito irá a julgamento (art. 956, CPC). Observe que o Ministério Público somente será ouvido nos conflitos instaurados em processos que imponham a sua intervenção como fiscal da ordem jurídica (art. 178, CPC).

Ao decidir o conflito, o tribunal declarará qual o juízo competente, pronunciando-se também sobre a validade dos atos do juízo incompetente. Os autos do processo em que se manifestou o conflito serão remetidos ao juiz declarado competente (art. 957, CPC). De acordo com o sistema da *translatio iudicii*, as decisões proferidas pelo juízo tido como incompetente ficam, a princípio, preservadas; daí a necessidade de o tribunal manifestar-se *expressamente* sobre a validade dos atos praticados pelo juízo incompetente.

No conflito que envolva órgãos fracionários dos tribunais (turmas, câmaras etc.), desembargadores e juízes em exercício no tribunal, observar-se-á o que dispuser a respeito o regimento interno do tribunal (art. 958, CPC).

18. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

18.1. Características

A competência da Justiça Federal é constitucional e taxativa.

Prevista na Constituição da República, é competência da Justiça Federal é taxativa, não comportando ampliação por norma infraconstitucional.[79] Assim, o acréscimo, alteração ou subtração de regras de competência, determinadas por norma hierarquicamente inferior, serão inconstitucionais ou inócuos.

18.2. Competência dos juízes federais em razão da pessoa

18.2.1. O art. 109, I, CF/1988

18.2.1.1. As causas

O inciso I do art. 109 da CF/1988 determina que as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, são da competência dos juízes federais.

Exige-se que um desses entes atue no processo na qualidade de parte (assistentes e opoentes também são partes). O dispositivo cuida das causas cíveis, inclusive o mandado de segurança impetrado por um destes entes em face de ato de autoridade estadual ou municipal,[80] excetuadas as hipóteses em que a autoridade tiver competência estabelecida como prerrogativa de sua função.

Cabe lembrar, ainda, de alguns enunciados da súmula do STJ:

n. 82: "Compete à Justiça Federal, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos à movimentação do FGTS".

n. 161: "É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta".

79. Nesse sentido: STJ, 1ª S., EDcl no AgRg no CC n. 89.783/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 09.06.2010, publicado no DJe de 18.06.2010.

80. BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis*. São Paulo: RT, 2004, p. 122.

n. 270: "O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal".[81]

Para os casos de jurisdição voluntária, salvo os de opção de nacionalidade e naturalização, é necessária a participação de algumas dessas pessoas como *interessadas ou requeridas* para justificar a competência da Justiça Federal. É o que acontece, por exemplo, com o processo de justificação; a propósito, o enunciado n. 32 da súmula do STJ: "Compete à Justiça Federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante entidades que nela têm exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. 15, II, da Lei n.º 5.010/66".

Somente o juiz federal poderá avaliar a existência de interesse jurídico de um destes entes (enunciado n. 150 da súmula do STJ).

Caso o processo esteja correndo perante juízo de outra Justiça, "os autos serão remetidos ao juízo federal competente, se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente" (art. 45, CPC). Os autos não serão remetidos se houver pedido cuja apreciação seja de competência do juízo junto ao qual foi proposta a ação (art. 45, §1º, CPC); nesse caso, o juiz, ao não admitir a cumulação de pedidos em razão da incompetência para apreciar qualquer deles, não apreciará o mérito daquele em que exista interesse da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 45, §2º, CPC). O juízo federal restituirá os autos ao juízo estadual sem suscitar conflito se o ente federal cuja presença ensejou a remessa for excluído do processo (art. 45, §3º, CPC; enunciado n. 224 da súmula do STJ). Finalmente, "a decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual" (enunciado n. 254 da súmula do STJ).

18.2.1.2. As pessoas

União. Uma observação do juiz Novély Vilanova, corroborada por Aluisio Mendes,[82] é pertinente: a grafia "União Federal" não tem amparo constitucional; *União*

81. Julgado do STJ confirma o enunciado: "CONCURSO. PREFERÊNCIAS. INTERVENÇÃO. ENTES FEDERAIS. Em execução de título extrajudicial, a Caixa Econômica Federal – CEF veio aos autos para informar que o imóvel arrematado foi penhorado anteriormente em ação de execução por ela movida contra os mesmos devedores e pleitear direito de preferência para satisfação de seu crédito. A Seção conheceu do conflito e declarou competente o Tribunal de Alçada do Estado por entender que não é caso de deslocamento de competência para a Justiça Federal, porquanto, no concurso de preferência de crédito, não há intervenção da empresa pública como autora, ré, assistente ou opoente (art. 109, I, CF/1988). Precedentes citados: CC 21.551-MG, DJ 8/3/1999; CC 1.576-RS, DJ 27/5/1991; CC 1.246-PR, DJ 8/4/1991, e CC 22.753-SP, DJ 27/9/1999, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 23/11/2005."

82. *Competência Cível da Justiça Federal.* São Paulo: Saraiva, 1998, p.54.

é o nome correto. Outro equívoco manifesto é o de colocar em processos os nomes dos órgãos (ministérios, departamentos etc.), em vez do nome da pessoa jurídica – União – a quem estão vinculados.

Entidade autárquica federal. Pessoa jurídica de direito público, criada por lei, para o desempenho de serviço público descentralizado. Para deslocar a competência para a Justiça Federal, há que ser entidade autárquica federal. Trata-se de termo genérico, que engloba não só as autarquias, mas também as agências reguladoras, as universidades e as fundações autárquicas.[83] Cabe lembrar que se a agência reguladora estiver no processo na qualidade de *amicus curiae*, a competência não será, por isso, da Justiça Federal (art. 138, §1º, CPC).

Empresas públicas federais. São pessoas jurídicas de direito privado criadas com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular. Caixa Econômica Federal e ECT (Empresa de Correios e Telégrafos) são bons exemplos.

Conselhos de fiscalização profissional. Considera-se como entidade autárquica federal, ainda que *sui generis*, o conselho de fiscalização profissional (OAB, Conselhos Regionais de Medicina, Engenharia, Contabilidade etc.).

> "Os conselhos de fiscalização profissional prestam serviço público descentralizado específico e típico da administração pública federal, portanto equiparam-se às autarquias federais e se sujeitam a um regime todo peculiar, ostentando específicas características, prerrogativas e sujeições".[84]

A Lei n. 9.649/1998, no art. 58, §8º, dizia competir à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvessem os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados. O STF, porém, julgou procedente o pedido formulado na ação para decretar a inconstitucionalidade do *caput* do art. 58 e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º dessa (ADIN 1.717, julgada em 07.11.2002, que reputou inconstitucional o art. 58 da mencionada lei). Assim, toda causa que envolver conselho de fiscalização profissional deve tramitar na Justiça Federal.[85]

---

83. Interessante a remissão ao n. 324 da Súmula do STJ, que equipara a Fundação Habitacional do Exército a Autarquia Federal: "Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa a Fundação Habitacional do Exército, equiparada à entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército".

84. BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis*, cit., p. 105.

85. Ver, porém, esta decisão do STJ: "COMPETÊNCIA. MS. SUBSEÇÃO. OAB. A questão está em saber se a OAB é autoridade federal para vincular a competência da Justiça Federal no MS. Trata-se de ato praticado por subseção que divulgou nomes de advogados contra os quais havia instaurado processo disciplinar no âmbito restrito de sua área de influência, contrariando, por sua vez o art. 72, § 2º, do EOAB. Portanto, *in casu*, a Justiça Federal não é competente. REsp n. 235.723-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 19/2/2002". Em sentido diverso, para quem todas as causas que envolvem a OAB, seus órgãos, Conselho Federal, Conselho Secional, Subseção e, até mesmo, a Caixa de Assistência dos Advogados (há, porém, decisão em sentido diverso, STJ, 1ª S., CC

O STJ, aliás, editara o enunciado 66 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional".

Sociedade de economia mista. A Justiça Federal é incompetente para processar e julgar as ações em que as sociedades de economia mista sejam parte ou terceiro interveniente. Vejamos o enunciado n. 42 da súmula do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento". Eis, também, o enunciado n. 556 da súmula do STF: "É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

Ministério Público Federal. Esse merece exame mais cuidadoso.

A presença do Ministério Público Federal (MPF) equivale à presença da União, para fim de determinação da competência da Justiça Federal? Não. A presença do Ministério Público Federal não é fato jurídico da competência do juízo federal de primeira instância. Esse fato não se encaixa em nenhuma das hipóteses de competência cível previstas no art. 109 da CF/1988.

Nada há na Constituição Federal que indique que o Ministério Público Federal somente pode demandar perante a Justiça Federal. Também não há nada na Constituição que aponte a equiparação entre Ministério Público Federal e União. Ao contrário: a Constituição Federal optou *deliberadamente* por extremá-los, até porque antigamente cabia aos procuradores da república a representação judicial da União. Para tanto, prescreveu no inciso IX do art. 129, que cabe ao membro do Ministério Público "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

O *princípio da unidade* da Constituição impõe que ela seja interpretada como um *todo* normativo. Não se pode entender que, em um momento, a Constituição *expressamente* quis extremar as figuras do MPF e da União (art. 129, IX) e, em outro, as quis equiparar *implicitamente*. Se fosse o caso de equiparar esses entes, para fim de determinação da competência da Justiça Federal, a Constituição o faria expressamente, exatamente porque seria uma regra que excepcionaria a regra geral prevista no art. 129.[86]

33.050/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 24.04.2002, DJ 27.05.2002), BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis*, cit., p. 109.

86. "O princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar ... Daí que o

Distanciar o MPF da União funciona, ainda, como reforço da independência funcional do membro do Ministério Público, que pode ser autor de uma demanda proposta *em face da União*.

Surge, então, outra dúvida: poderia o Ministério Público Federal ser autor de uma demanda que se processa perante a Justiça Estadual? Sim, claramente: não há qualquer regra jurídica que impeça a atuação do MPF perante a Justiça Estadual.

Ao contrário, o inciso II do art. 37 da Lei Complementar n. 75/1993 é claro ao prescrever que o Ministério Público Federal exercerá as suas funções *"nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais"*. O texto normativo é muito claro: "quaisquer juízes e tribunais". "Qualquer", no particular, assume o sentido de "todo": pode o MPF demandar em todos os tribunais do país.

A tese se reforça quando se lê o § 5º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, que autoriza o litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública[87]: ora, se há essa possibilidade, significa que ou Ministério Público Federal ou o Ministério Público Estadual demandará em Justiça que não lhe seria correspondente. Esse litisconsórcio é facultativo e unitário. Assim, exige-se que cada um dos litisconsortes, sozinho, tenha legitimidade para demandar o mesmo pedido. Em casos em que se permite o litisconsórcio entre os Ministérios Públicos, qualquer um deles poderia demandar sozinho, perante a Justiça competente para processar a causa respectiva. Se assim não fosse, o Ministério Público Estadual ficaria na dependência da atuação do MPF, ou vice-versa, que, se não agisse, impediria aquele de exercer as suas atribuições, promovendo, por exemplo, uma ação civil pública por dano ambiental contra um ente público federal. Situação absurdamente ilícita, como se vê.[88]

> A 1ª T. do STF, em precedente específico, acolheu esse entendimento expressamente no julgamento do agravo regimental no RE n. 596.836-ES, rel. Mina. Carmen Lúcia, j. em 10.05.2011, publicado no DJe de 26.05.2011.
>
> O STJ possui precedente importantíssimo, admitindo o litisconsórcio entre Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho, em ação civil pública que vise à tutela de pluralidade de direitos. No caso, o STJ decidiu que o litisconsórcio ativo facultativo entre os ramos do Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados, em tese, é possível, sempre

intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 1.209-1.210.)

87. STJ, 1ª T., REsp n. 382.659-RS, DJ de 19.12.2003; STF, Pleno, ACO n. 1.020-SP, DJe de 20.03.2009.

88. NERY Jr., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 798; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 237-238.

> que as circunstâncias do caso recomendem, para a propositura de ações civis públicas que visem à responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, à ordem econômica e urbanística, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, inclusive de natureza trabalhista (REsp n. 1.444.484-RN, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 18.9.2014).

Na prática, há um "acordo de cavalheiros" entre os órgãos dos diversos Ministérios Públicos, cada qual "cuidando das causas de sua Justiça". A partir dessa constatação, chegar à conclusão de que há relação de competência entre as suas atribuições e os diversos ramos do Poder Judiciário seria um salto hermenêutico que não ousamos dar.

> Em sentido diverso, sem enfrentar os diversos argumentos aqui sustentados, STJ, 1ª. T, Resp n. 440.002-SE, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 18.11.2004, publicado no DJ em 06.12.2004[89] (texto entre colchetes não consta do original): "Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público Federal está investido de personalidade processual, e a sua condição de *personalidade processual federal* determina a competência da Justiça Federal. É exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em *habeas-data* e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte. (...) Caberá a ele [MPF] promover, além das ações civis públicas que envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral), todas as que devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais). Será da alçada do Ministério Público Federal promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria – as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre

89. Também nesse sentido: STJ, 1ª S., AgRg no CC n. 107.638/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. em 28.03.2012, publicado no DJe de 20.04.2012; STJ, 4ª T., REsp n. 1.283.737, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 22.10.2013, notícia publicada em 07 de novembro de 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112064&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco, acesso às 09h, do dia 08 de novembro de 2013.

direitos indígenas (CF, art. 109, XI) – ou em razão da pessoa – as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no polo ativo (CF, art. 109, I)". Essa tese foi mais bem desenvolvida em ZAVASCKI, Teori Albino. "Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público". *Processos coletivos*. Porto Alegre: 2009, v. 1, n. 1, out-dez. Disponível em http://www.processoscoletivos.net/artigos/091010_zavascki_competencia_para_a_causa_e_reparticao_das_atribuicoes.php, acesso em 07.10.2009, 07h30.

Defensoria Pública da União. Discussão semelhante àquela relativa ao MPF diz respeito à Defensoria Pública da União. Parece-nos, igualmente, que não é suficiente o fato de a DPU ser parte de um processo para que a causa seja da competência da Justiça Federal (e note que essa circunstância será bem frequente em ações coletivas, para cujo ajuizamento a DPU tem legitimidade). Vale aqui tudo o quanto se disse sobre o caso do MPF.

18.2.1.3. As exceções

O inciso I do art. 109 da CF/1988 enumera quatro tipos de causa que não tramitarão na Justiça Federal, mesmo se dela fizer parte um ente federal: falência, acidentes do trabalho, causas trabalhistas e causas eleitorais.

Falência. É um processo de execução coletiva que se caracteriza pela universalidade: os credores concorrem em igualdade, respeitada a natureza do seu crédito. Embora a menção à falência possa ser interpretada restritivamente, para abranger apenas a insolvência comercial, entende-se que a ressalva constitucional também se aplica à insolvência civil e à recuperação judicial.[90] Assim, por exemplo, o enunciado n. 244 da súmula do antigo TFR: "A intervenção da União, suas autarquias e empresas públicas em concurso de credores ou de preferência não desloca a competência para a Justiça Federal". Nesse sentido, também, o art. 45, I, CPC.

Acidentes de trabalho. Ocorrido o acidente de trabalho, duas são as pretensões que surgem para o trabalhador: uma decorrente da seguridade social (ação acidentária típica), contra a entidade gestora (INSS), de competência da justiça estadual, e outra de natureza reparatória, contra o empregador. Esta segunda não possui natureza acidentária e seguirá as regras normais de fixação da competência.

A EC n. 45 alterou a competência da Justiça do Trabalho, estabelecendo que a ela compete processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou

90. O STJ entende que a ressalva abrangerá também os procedimentos concursais administrativos, como a intervenção e a liquidação extrajudiciais. (STJ, 4ª T., REsp n. 1.093.819/TO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 19.03.2013, publicado no DJe de 09.04.2013).

patrimonial decorrente de relação de trabalho (art. 114, VI, CF/1988). Após a reforma do texto constitucional, as causas envolvendo pretensões indenizatórias em face do empregador, mesmo sendo este empresa pública federal, deverão tramitar na Justiça do Trabalho, conforme entendimento do STF, na oportunidade em que julgou o conflito de competência nº 7204.[91]

> É possível requerer a concessão de benefício previdenciário decorrente de acidente de outra natureza (não-trabalhista). O benefício acidentário pode decorrer: a) acidente de trabalho; b) acidente de outra natureza (art. 26, II, Lei n. 8.213/1991). Em qualquer dos casos, a demanda é dirigida ao INSS. A exceção constitucional à competência da Justiça Federal restringe-se às ações acidentárias trabalhistas, que devem ser propostas na *Justiça Estadual*. A ação previdenciária acidentária não-trabalhista deve ser proposta perante a *Justiça Federal*. A propósito, v. STJ, 3ª S., CC n. 38.849-SP, rel. Min. Paulo Medina, j. em 26.11.2003, publicado no DJ de 18.10.2004: "1. Pretendendo o autor da ação a obtenção de auxílio previdenciário decorrente de acidente de qualquer natureza, ou seja, de índole previdenciária, e não de ação acidentária que tenha como causa acidente ocorrido no exercício da atividade laboratícia, a competência para o deslinde da questão é da Justiça Federal".

Após divergência jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça alterou o seu entendimento e reconheceu que a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ações previdenciárias acidentárias trabalhistas abrange não apenas o pedido de concessão, mas, também, o pedido de revisão do benefício já concedido. Assim, por exemplo, 3ª S., CC n. 66844/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 25.10.2006, publicado no DJ de 13.11.2006, p. 224; 3ª S., EREsp n. 256261/MG, rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, j. 09.03.2005, publicado no DJ de 28.03.2005, p. 184.

Ações Acidentárias	
Previdenciárias: contra o INSS	**Indenizatórias: contra o causador do acidente**
Trabalhistas: Justiça Estadual	Trabalhistas: contra o empregador, na Justiça do Trabalho
Não-trabalhistas: Justiça Federal	Não-trabalhistas: contra o causador do acidente, na Justiça comum

Justiça eleitoral. Causas eleitorais competem à Justiça Eleitoral, mesmo que envolvam entes federais.

91. Nesse sentido, ver também CC 51.712-SP Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 10.08.05, no qual o STJ acata entendimento firmado pelo STF poucos dias antes.

Justiça do Trabalho. Causas relacionadas às relações de emprego envolvendo servidores públicos devem ser resolvidas pela Justiça do Trabalho.

A interpretação que se fazia sobre a redação do inciso I do art. 114 da CF/1988 tornava a Justiça do Trabalho competente para julgar as relações jurídicas estatutárias e celetistas, envolvendo servidor e entes públicos, e não apenas as celetistas (trabalhadores cujo contrato é regido pela CLT), como constava da redação anterior, que se referia apenas às relações de emprego, espécie do gênero relação de trabalho.

Até o mês de abril de 2006, havia uma grande polêmica em torno no assunto. No processo legislativo para a aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Senado Federal acrescentou ao texto da Câmara um trecho no inciso I do art. 114 da CF/1988 que expressamente excluía da Justiça do Trabalho as causas envolvendo relações de trabalho estatutárias. Sucede que da publicação da Emenda, no dia 31.12.2004, não constou essa ressalva. Em virtude disso, na ocasião, a Associação Nacional dos Juízes Federais – AJUFE entrou com uma ADIN (3395-6) contra essa emenda, obtendo liminar no dia 28.01.2005, que foi confirmada, em 05.04.2006, pelo plenário do STF. A decisão reconheceu, então, que cabe à Justiça comum (federal ou estadual) a competência para processar e julgar as causas que envolvam relações estatutárias.

Convém lembrar, ainda, que, por força da EC n. 45, compete à Justiça do Trabalho processar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (Delegacias do Trabalho) e a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, "a", e II, CF/1988, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir (incisos VII e VIII do art. 114 da CF/1988).

18.2.2. O art. 109, II, CF/1988

As causas envolvendo pessoa residente no Brasil ou Município brasileiro contra Estado estrangeiro ou organismo internacional (BIRD, ONU, OMS, OIT, OMC, OEA etc.) devem tramitar na Justiça Federal, ressalvada a competência da Justiça do trabalho.

É importante lembrar o que foi visto sobre as regras de competência internacional relacionadas à imunidade de jurisdição, tendo em vista que essa regra cuida de causas que podem envolver estados estrangeiros. "A Embaixada e o Consulado são considerados prolongamentos de país estrangeiro, ou seja, parte integrante do Estado e as causas envolvendo estes são da competência da Justiça Federal".[92] Ressalva-se, como dito, a competência da Justiça do Trabalho (art. 114, I, CF/1988).

92. BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis*, cit., p. 124.

> Convém lembrar que compete ao STF processar e julgar, originariamente, o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território (art. 102, I, "e", CF/1988).

Trata-se de regra de competência muito importante para o estudo do recurso ordinário constitucional, pois contra as decisões proferidas pelo juiz federal em tais processos caberá recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, não para o Tribunal Regional Federal respectivo.

Perceba-se, ainda, que se trata de competência da Justiça Federal em razão da pessoa, a despeito de não envolver um ente federal.

18.2.3. O art. 109, VIII, CF/1988

Compete aos juízes federais processar e julgar os mandados de segurança e *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais Federais.

> Para lembrar, são da competência do: a) STF, os mandados de segurança e os *"habeas-data"* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "d", CF/1988); b) STJ, os mandados de segurança e os *"habeas data"* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal (art. 105, I, "b", CF/1988).

Considera-se autoridade em sentido amplo, compreendendo a autoridade pública *stricto sensu*, o agente da pessoa jurídica de direito privado ou até pessoa natural no exercício de atribuições do poder Público. Eis o art. 1º, §1º, da Lei n. 12.016/2009: "Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições".

A relevância desse dispositivo decorre da circunstância de existirem autoridades federais pertencentes aos quadros federais e outras que não pertencem, mas que exercem função delegada. Assim, se a autoridade, a despeito de não pertencer aos quadros federais, exercer função federal, o mandado de segurança impetrado contra ato seu deverá ser processado e julgado por um juiz federal.

Exercício de função delegada. Só será cabível mandado de segurança contra autoridade de pessoa jurídica de direito privado referente a ato praticado no exercício da função delegada. Se se tratar de ato de mera gestão, por inexistir ato de

império, não caberá o mandado de segurança (art. 1º, § 2º, Lei n. 12.016/2009: "Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público"). A delegação pode ser feita a uma pessoa jurídica estadual, municipal ou até mesmo privada. Exemplos: dirigente de universidade particular;[93-94] dirigente de Junta Comercial,[95] concessionário de serviço público de fornecimento de energia elétrica[96] etc. Importantíssimo o enunciado n. 60 da súmula da jurisprudência do TFR (Tribunal Federal de Recursos): "Compete à Justiça Federal decidir da admissibilidade do mandado de segurança impetrado contra atos de dirigentes de pessoas jurídicas privadas, ao argumento de estarem agindo por delegação do poder público federal".

18.3. Competência funcional: art. 109, X, segunda parte

Compete ao juiz federal *executar* sentença estrangeira, após homologação do STJ (conforme a EC n. 45, que tirou a competência do STF e a transferiu ao STJ, art. 105, I, "i", CF/1988), e *cumprir* carta rogatória, após o *exequatur* do STJ (a EC n. 45 também retirou esta competência do STF, transferindo-a para o STJ, art. 105, I, "i", CF/1988).

Note-se que se trata de competência funcional, não material:[97] o juiz federal exercerá a jurisdição para cumprir tais funções, independentemente da matéria de que cuida a carta rogatória ou a sentença estrangeira.

---

93. Raquel Fernandez Perrini discorda deste posicionamento (*Competências da Justiça Federal Comum*, p. 227-231). "UNIVERSIDADE DO SISTEMA ESTADUAL DE ENSINO. AUTONOMIA. A orientação deste Tribunal é no sentido de reconhecer como de competência federal as questões envolvendo o ensino superior, ainda que relacionadas a universidades particulares. No caso, não se trata de estabelecimento particular. A universidade é pública e pertence à organização administrativa do Município, componente, portanto, do sistema de ensino do Estado, como preceitua o art. 17, II, da Lei n. 9.394/1996. As universidades estaduais e municipais gozam de total autonomia para organizar e gerir seus sistemas de ensino (CF/1988, art. 211), e seus dirigentes não agem por delegação da União. A apreciação de seus atos é da competência da Justiça estadual". CC 40.679-SC, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 11.2.2004.
94. Enunciado n. 15 da súmula do TFR: "Compete à Justiça Federal julgar mandado de segurança contra ato que diga respeito ao ensino superior, praticado por dirigente de estabelecimento particular." Nesse sentido, STJ; 2ª T., REsp n. 1.295.790/PE, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 06.11.2012, publicado no DJe de 12.11.2012.
95. "Mandado de segurança. Junta Comercial. Competência. Em se cuidando de ação de mandado de segurança, a competência se define em razão da função desempenhada pela autoridade apontada como coatora. As Juntas Comerciais efetuam o registro de comércio por delegação federal. Competência, a teor do artigo 109, VIII, da Constituição da República, da Justiça Federal." (Rel. Athos Carneiro, RSTJ, 45/25). Nesse sentido, STJ, 3ª T., REsp n. 678.405/RJ, Rel. Min. Castro Filho, j. em 16.03.2006, publicado no DJ de 10.04.2006, p. 179.
96. "COMPETÊNCIA. MS. ENERGIA ELÉTRICA. Trata-se de suspensão de fornecimento de energia elétrica, ato de dirigente de concessionária, que não é de simples gestão administrativa, mas de delegação, pois que ligado à continuidade de prestação de serviço público federal. Dessarte, esse ato, praticado por autoridade de instituição privada no exercício de função federal delegada, se sujeita ao crivo da Justiça Federal no julgamento de mandado de segurança. Precedentes citados: CC 1.976-RS, DJ 2/9/1991; REsp 32.367-PR, DJ 17/6/1996; CC 14.804-RJ, DJ 19/8/1996, e CC 37.912-RS, DJ 15/9/2003". CC 40.060-SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 24/3/2004.
97. Entendendo que se trata de competência em razão da matéria, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breves observações sobre a execução de sentença estrangeira à luz das recentes reformas do CPC". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 138, p. 10-11.

O enunciado deve ser interpretado no sentido de ser aplicável a qualquer das modalidades de cooperação internacional. Assim, também é da competência do juízo federal apreciar o pedido de *auxílio direto passivo* que demande prestação de atividade jurisdicional (art. 34 do CPC).

18.4. Competência da Justiça Federal em razão da matéria

18.4.1. O art. 109, III, CF/1988

Compete à Justiça Federal processar e julgar as causas fundadas em contratos internacionais ou tratados firmados pela União. Trata-se de competência fixada em razão da causa de pedir e, pois, da matéria discutida. É irrelevante, para fim de determinação da competência, indagar quem são os sujeitos litigantes. O processo, portanto, pode envolver entes não-federais.

A jurisprudência mitiga bastante a interpretação deste inciso que, aplicado literalmente, autorizaria que um sem-número de causas fosse ajuizado perante a Justiça Federal, tendo em vista que inúmeras matérias são reguladas em tratados internacionais. Explica o tema Raquel Fernandez Perrini:

> "Para dirimir eventual dúvida, ante a abrangente redação do art. 109, III, da CF, o E. Supremo Tribunal Federal e o E. Superior Tribunal de Justiça têm esposado o entendimento de que somente estarão afetas à competência federal as causas que tenham por objeto essencial obrigações derivadas de disposições contidas no próprio tratado como, *v. g.*, aquelas relativas ao nome comercial (Convenção de Paris) e ao ressarcimento de danos causados por vazamento ocorrido em navio de petróleo (Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por danos causados por Poluição de Óleo – Decreto n. 79.347/77)".[98]

Outro bom exemplo de causa que tramita na Justiça Federal por força deste inciso é a ação de alimentos internacionais, envolvendo sujeitos que estejam em países diversos (alimentando no exterior e alimentante no Brasil, por exemplo). Trata-se de causa regulada exclusivamente por tratado internacional (v. Decreto Legislativo n. 10, de 13 de novembro de 1958, e Decreto n. 56.826, de 2 de setembro de 1965) e que tramita, em razão disso, perante a Justiça Federal (v. art. 26 da Lei de Alimentos, Lei 5.478/68).

> A Convenção de Nova York (assinada pelo Brasil em 1956 – vide Decreto Legislativo 10/1958 e Decreto 56.826/65) define as regras para prestação de alimentos no estrangeiro. Pela Convenção, podem ocorrer duas hipóteses.
>
> 1ª *situação*. ALIMENTANDO residente no exterior e ALIMENTANTE residente no Brasil: aplica-se a regra do art. 109, III da CF/1988, ou seja, competência da

98. *Competências da Justiça Federal Comum*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 191.

> Justiça Federal. Processa-se da seguinte maneira: o ALIMENTANDO entrega a documentação à Autoridade Remetente do outro país (cujo conteúdo varia de acordo com o país), que encaminha ao Ministério Público Federal – Instituição Interveniente – os documentos necessários para a propositura da ação de alimentos (traduzidos para o português). A ação será proposta na Seção ou Subseção Judiciária que abranger o município em que o ALIMENTANTE reside ou está domiciliado, pela Procuradoria da República daquele Estado ou Município – sede da Seção ou Subseção Judiciária Federal. O MPF sempre intervirá, agindo em nome do ALIMENTANDO, em todas as fases da ação (inclusive se execução de sentença estrangeira sobre alimentos). O MPF deve encaminhar informações sobre o andamento da ação à Autoridade. Remetente, para acompanhamento.
>
> 2ª *situação.* ALIMENTANDO residente no Brasil e ALIMENTANTE residente no exterior. Processa-se da seguinte maneira: MPF, agora como Autoridade Remetente, encaminha à Instituição-Interveniente do país em que reside ou está domiciliado o ALIMENTANTE (Instituição que varia conforme o país) os documentos necessários para a propositura da ação de alimentos (traduzidos para o idioma oficial daquele país). A ação será proposta no país em que o ALIMENTANTE reside ou está domiciliado, pela referida Instituição Interveniente daquele país, que acompanhará toda a ação, assim como o MPF faz no Brasil. A Instituição Interveniente encaminhará informações ao MPF, para acompanhamento. Nesse caso, quem atua como Autoridade Remetente é o Procurador-Geral da República (que pode delegar a atribuição a um Subprocurador). Atualmente, o MPF conta com o CCJI – Centro de Cooperação Jurídica Internacional, sob a Coordenação de um Subprocurador-Geral da República, para os casos da 2ª hipótese.[99]

Como se vê, não é totalmente correto o enunciado n. 53 da súmula do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR): "Compete à Justiça Estadual processar e julgar questões pertinentes ao Direito de Família, ainda que estas objetivem reivindicação de benefícios previdenciários".

> Não obstante a clareza do texto legal, o TFR, certamente atento a questões eminentemente práticas, editou o enunciado n. 21 de sua súmula: "Após a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, a competência para o processo e julgamento das ações de indenização, por danos decorridos em mercadorias, no transporte aéreo, é da Justiça comum estadual, ainda quando se discuta a aplicação da Convenção de Varsóvia relativamente ao limite da responsabilidade do transportador".

18.4.2. Causas do art. 109, V-A: grave violação a direitos humanos

O inciso V-A do art. 109 da CF/1988 atribui ao juízo federal a competência para julgar as causas relativas a grave violação de direitos humanos.

---

99. Sistematização feita por Flávia Tôrres, que trabalha no Ministério Público Federal, em Minas Gerais, a quem agradeço penhoradamente pela inestimável ajuda.

Embora se trate do inciso V-A, que se relacionaria, a princípio, ao inciso V, que cuida de competência criminal, não houve distinção no enunciado constitucional entre a natureza da causa, se cível ou criminal. De um modo geral, nas discussões em torno das mudanças operadas pela reforma constitucional de 2004, destacava-se o tema da "federalização dos crimes contra os direitos humanos". Não parece, contudo, que o enunciado constitucional se refira apenas à competência criminal. O texto do § 5º do art. 109 da CF/1988 fala de "grave violação de direitos humanos". A violação é adjetivada como grave, mas não há qualquer restrição em relação à natureza do ilícito: se cível, administrativo ou criminal.

Por isso, essa regra é, também, nova hipótese de competência cível da Justiça Federal, que deverá ocorrer principalmente em causas coletivas, seja na fase processual, seja ainda durante o inquérito civil. Pense-se, por exemplo, em ação civil pública que tenha por objetivo a efetivação de direitos dos presos, relacionados à sua dignidade humana e garantidos em tratados internacionais.

No entanto, não é qualquer causa relacionada a direitos humanos que deverá tramitar na Justiça Federal. Para que isso aconteça, é preciso obedecer ao disposto no § 5º do art. 109 da CF/1988: "Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou do processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal".

Algumas observações devem ser feitas sobre a redação do § 5º do art. 109.

a) Cria-se regra de competência baseada em conceito jurídico indeterminado: "grave violação de direitos humanos". Embora não seja comum essa opção, pois gera certa insegurança, é compreensível: o propósito implícito é o de retirar da competência da justiça estadual causas que, em razão da sua magnitude, possam vir a sofrer com as influências políticas locais. É medida que se assemelha ao desaforamento, no procedimento para a apuração de crime doloso contra a vida, perante o tribunal do júri.

> Leonardo Carneiro da Cunha, que reputa inconstitucional a regra do art. 109, V-A, da CF/1988, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, por violar o direito fundamental ao juiz natural, posicionamento não compartilhado por este *Curso*, entende que "as normas de competência não podem sujeitar-se a manipulações ou ser alteradas ao sabor de conveniência ou de situações momentâneas, gerando incertezas e atentando não apenas contra a segurança jurídica, mas igualmente, e sobretudo, contra a própria garantia do juiz natural. Além do mais, no julgamento do incidente de deslocamento de competência, o STJ, além de identificar a grave lesão a direitos humanos,

> deve emitir juízo sobre a *conveniência* de deslocar-se o feito para a Justiça Federal, o que envolve, de certo modo, apreciação discricionária acerca das condições de alteração de competência. Ora, já se viu que não se permite que critérios discricionários (ou fundados em conveniência) ditem a competência ou estabeleçam mecanismos de sua modificação, sob pena de ofensa à garantia do juiz natural. O incidente de deslocamento de competência é, em suma, inconstitucional, por atentar contra a garantia do juiz natural, que constitui, aliás, uma cláusula pétrea da Constituição Federal."[100]

Nesse particular, o legislador, embora tenha mostrado certa preocupação com as violações a direitos humanos, pareceu dispensar uma maior confiança à Justiça Federal, como se esta operasse melhor e com mais isenção do que a Justiça Estadual, o que, sabemos, nem sempre é verdade. Tanto é assim que, até o presente momento, o STJ se tem manifestado no sentido de que é imperativa a demonstração de incapacidade de as autoridades do Estado-membro desincumbirem-se a contento de suas funções, para que o mecanismo presente no §5º do art. 109 da Constituição Federal seja ativado.

> O dispositivo foi invocado no caso do assassinato da freira americana Doroty Stang, que teve lugar no Estado do Pará, quando o Procurador Geral da República deu parecer favorável ao deslocamento da competência da justiça estadual daquele estado para a Justiça Federal. Contudo, entendeu o ilustre Ministro relator Arnaldo Esteves Lima que, além dos dois requisitos previstos no § 5º para justificar o deslocamento de competência (ocorrência de grave violação de direitos humanos e "assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais"), seria necessário ainda um terceiro, a saber, "a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais, etc.) de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda sua extensão, a persecução penal", fundamento pelo qual rejeitou o incidente (STJ, IDC – 1/PA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 08/06/2005).

b) Não é novidade a instauração de um incidente para o deslocamento da competência. O art. 947 do CPC traz incidente semelhante, denominado de assunção de competência, também baseado em conceito jurídico indeterminado: "É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos".

c) Não há qualquer violação à garantia do juiz natural, na medida em que é regra geral de competência.

100. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, n. 2.11, p. 91-92.

Como se sabe, o direito fundamental ao juiz natural impede o chamado poder de comissão: a designação de juízos extraordinários para o julgamento de determinadas causas. Não é o caso: não se trata de regra que autoriza a designação de juízo de exceção. Cria-se um incidente de deslocamento de competência, identificando-se, previamente, de acordo com critérios gerais e abstratos: *i)* quais os critérios para a definição da competência da Justiça Federal; *ii)* quem tem legitimidade para suscitar o incidente; c) quem tem competência para apreciá-lo.

d) É importante observar que, sendo da competência do STJ o julgamento desse incidente de deslocamento da competência, caberá, contra a sua decisão, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal: *i)* a matéria é constitucional; *ii)* não há qualquer vedação constitucional neste sentido. Sucede que será um recurso extraordinário para a discussão de tipo constitucional composto de conceito jurídico indeterminado, o que se admite, embora seja tema controvertido na doutrina.

e) Cumpre lembrar que essa nova regra de competência somente diz respeito às causas que podem tramitar perante juízes federais, juízos monocráticos de primeira instância. Não houve qualquer alteração das regras de competência que estabelecem "foros privilegiados" para certas autoridades, que devem ser processadas perante tribunais.

f) Acolhido o pedido de deslocamento da competência, os atos até então praticados são válidos, pois a autoridade era a competente. O julgamento do STJ é fato superveniente que altera a competência absoluta *ex nunc*.

g) Tendo em vista o entendimento do STJ, que considera pressuposto para a *federalização* da competência para processar e julgar a causa a incapacidade de as autoridades estaduais desincumbirem-se a contento das suas funções, é indispensável o estabelecimento do contraditório, neste incidente, para que possam ser ouvidas essas mesmas autoridades. Enfim, o promotor de justiça e o juiz de direito devem ser ouvidos neste incidente, sendo-lhes permitido demonstrar que estão cumprindo satisfatoriamente com as suas tarefas e que, portanto, a transferência da causa para a Justiça Federal é desnecessária.

h) Finalmente, cabe mencionar uma importante decisão do STJ, que admitiu intervenção de *amicus curiae* nesse incidente. A Min. Laurita Vaz autorizou a intervenção de *amicus curiae* no Incidente de Deslocamento de Competência n. 02, que tramitou no STJ, em que se objetivava a remessa para a Justiça Federal dos processos que cuidam da atuação de grupos de pistoleiros na Paraíba e em Pernambuco (chamado de caso "Manoel Mattos"). A Min. autorizou o ingresso das organizações não governamentais (ONG) Justiça Global e Dignitatis – Assessoria Jurídica Popular.

Admitiu-se a intervenção de *amicus curiae* sem previsão legal, reconhecendo-se a importante função que esse sujeito processual exerce (sobre a intervenção do *amicus curiae*, ver capítulo sobre intervenção de terceiro, neste volume do *Curso*).

Ainda que implicitamente, reconheceu-se a existência de alta carga de interesse público no objeto litigioso deste incidente de deslocamento de competência, previsto no § 5º do art. 109 da CF/1988, importante instrumento de proteção aos direitos humanos. A *federalização* da causa somente será possível se ficarem constatadas *a probabilidade de grave violação de direitos humanos* e *a ineficiência das autoridades estaduais para conduzir o* assunto, como visto. Há, assim, interesse público na investigação dos pressupostos que autorizam o deslocamento de competência, fato que justifica a intervenção do *amicus curiae*.

18.4.3. O art. 109, XI, CF/1988: disputa sobre direitos indígenas

Será competente a Justiça Federal para toda a ação que verse sobre direitos indígenas.[101]

A principal controvérsia sobre o tema gira em torno da delimitação da extensão dessa competência: englobaria apenas as causas que digam respeito à esfera coletiva dos índios, ou, também, aquelas relacionadas aos direitos do índio individualmente considerado? Enfim, o inciso cuida dos "direitos dos índios" ou dos "direitos de um índio"?

Atualmente, STF[102] e STJ possuem o entendimento de que apenas as causas que se refiram à esfera coletiva dos índios serão de competência da justiça federal. O STJ, inclusive, editou o enunciado 140 da súmula da sua jurisprudência dominante: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima".

> Ver também o Conflito de Competência n. 39.818: "Não configura causa sobre direitos indígenas o pedido de alvará judicial feito por indígena para levantamento de valor depositado em conta de poupança do *de cujus* (falecido), pois se trata de pretensão de natureza particular, e não de pretensão do grupo indígena", concluiu o relator. (...) Teori Albino Zavascki ressaltou ainda que "a competência da Justiça Federal para o julgamento de causas sobre os direitos indígenas (artigo 109, XI da CF/1988) diz respeito aos direitos elencados no artigo 231 da Constituição Federal", o que não seria o caso do processo em questão.

101. "COMPETÊNCIA. INDÍGENA. HOMICÍDIO. A Seção, prosseguindo o julgamento, entendeu haver a competência da Justiça Federal no processo que apura crimes de homicídio cometidos por indígenas contra fazendeiros. Está evidenciado nos autos que os motivos ou causas dos delitos perpetrados dizem respeito à defesa de território étnico, evidenciando o envolvimento de interesses gerais de indígenas." CC 39.389-MT, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 10/3/2004.

102. STF, 2ª T., RHC n. 85.737, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 12.12.2006, publicado no DJe de 30.11.2007; STF, Pleno, RE n. 419.528, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão, Min. Cezar Peluso, j. em 03.08.2006, publicado no DJ de 09.03.2007.

Contudo, deve prevalecer o entendimento de que, em âmbito cível ou penal, a Justiça Federal é competente para julgar causas que versem sobre direitos indígenas, entendidos como aquelas que dizem respeito aos direitos indígenas coletivamente considerados. Em relação às questões individuais, a incumbência recairá sobre a Justiça Estadual.

18.4.4. Art. 109, X, parte final: causas referentes à nacionalidade e à naturalização

A Lei de Registros Públicos, no art. 32, §4º, prevê que o interessado em manifestar sua opção pela nacionalidade brasileira deverá fazê-lo perante juízo federal. Trata-se de uma exceção constitucional à regra de que a Justiça Federal não trata de questões sobre o estado da pessoa. Essa competência não abarca as demandas de simples retificação de registro público.

A expressão "causas referentes à nacionalidade", presente no art. 109, X, deve ser entendida da maneira mais abrangente possível, uma vez que o dispositivo busca trazer à competência da Justiça Federal tudo o quanto envolva o tema, a exemplo da ação de verificação de possibilidade do naturalizado ser proprietário, armado ou comandante de navio nacional, ação de registro de nacionalidade brasileira e ação visando a concessão de passaporte.

Não obstante, existem exceções a essa orientação. Vladimir Carvalho informa que, na hipótese de naturalização, a competência da Justiça Federal se exaure com a entrega do título de naturalizado, incluindo-se aí também ação de cancelamento de título de naturalização e toda ação que se refira à perda e aquisição de nacionalidade.[103]

Por outro lado, estão excluídas da competência da Justiça Federal, por exemplo, causas sobre adição de patronímico por brasileira naturalizada – referem-se a direito de família e registro público[104] (vide súmula 51 TFR). Também estão afastadas causas de modificação de registro de brasileiro naturalizado.

18.5. Competência territorial da Justiça Federal

18.5.1. Considerações gerais

Convém relembrar a distinção entre competência funcional e competência territorial. Será territorial toda a vez que houver um elemento geográfico delimitando a área de competência do órgão judicial, seja em termos de distritos, municípios, regiões ou Estado.

103. CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal*. 5ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 244-246.

104. Enunciado n. 51 da Súmula do TFR: "Compete à Justiça Estadual decidir pedido de brasileira naturalizada para adicionar patronímico de companheiro brasileiro nato".

As regras previstas nos §§1º e 2º do art. 109 da CF/1988 são apenas formalmente constitucionais, pois a competência territorial não é matéria atinente à estrutura do Estado, organização de seus órgãos ou direitos fundamentais. A competência não deixará de ser territorial porque prevista na Constituição Federal. A utilidade da previsão constitucional é exatamente retirar da ordem jurídica disposições em contrário, impedindo que o legislador ordinário discipline diversamente a questão.[105]

A Justiça Federal organiza-se em seções judiciárias (no mínimo uma por Estado), com sede na Capital, podendo ainda haver varas federais situadas em cidades do interior, em subseções judiciárias. Segundo Aluísio Mendes, com propriedade, esta fixação de competência é territorial, portanto de foro, ficando sujeita à prorrogação.

> "Por certo haverá, sempre, uma vara federal com, *a priori*, competência sobre o lugar em que é domiciliado o segurado, mas a Carta exige que o órgão federal esteja instalado na comarca. Não estando, prevê o texto constitucional que 'serão processadas e julgadas na justiça do estado, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários'. Assim, por exemplo, nas seções judiciárias em que há varas federais instaladas apenas nas Capitais, todo o Estado estará sob a competência dessas varas. Mas, incidindo o art. 109, §3º, opera-se verdadeiro corte na competência territorial, pois o órgão estadual passa a poder processar e julgar a causa como se integrasse a Justiça Federal (...) Exige-se, tão-somente, a presença, na comarca, da vara federal, podendo esta estar instalada em qualquer localidade integrante da comarca, coincidindo ou não com o lugar do foro central ou do foro regional. Por certo, em comarcas com grande extensão, englobando por vezes muitos municípios, haverá, ainda, algum distanciamento. Mas a proximidade da comarca foi considerada pelo legislador constitucional como suficiente".[106]

Art. 109, §1º, CF/1988. As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. Embora foro constitucional, está sujeito à prorrogação. Trata-se de foro exclusivo que prevalece sobre qualquer competência territorial prevista no CPC. O texto fala apenas em seção judiciária, mas é óbvio que se deve entender que abrange a situação das chamadas subseções (ou varas federais no interior). A regra foi reproduzida na primeira parte do art. 51 do CPC.

Art. 109, §2º, CF/1988. As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas (todos são igualmente competentes): a) na seção judiciária em que for domiciliado o autor; b) o foro em que houver ocorrido o ato ou fato; c) onde esteja situada a coisa; d) no Distrito Federal. A regra foi reproduzida na parte final do art. 51 do CPC.

---

105. MENDES, Aluisio Gonçalves. *Competência Cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 108.
106. MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência Cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118-119

> Um ponto de caráter polêmico diz respeito à competência territorial quando um ente federal da administração indireta esteja na condição de réu.[107]
>
> O texto constitucional apenas faz menção expressa à União, não constando qualquer previsão acerca dos demais entes federais que façam parte da administração indireta. Deve-se, então, aplicar o regramento do CPC, acerca das pessoas jurídicas em geral, ou, de forma analógica, os dispositivos constitucionais e o art. 51, do CPC, que se referem apenas à União?
>
> O STJ, em vários processos envolvendo o CADE, que apenas possui sede em Brasília, afirmou que "nos termos do artigo 100, inciso IV, alíneas a e c, do CPC, as autarquias federais podem ser demandadas no foro da sua sede ou naquele da agência ou sucursal, em cujo âmbito de competência ocorreram os fatos da causa, desde que a lide não envolva obrigação contratual" – os artigos mencionados são do CPC-1973, correspondente ao art. 53 do CPC atual.[108]
>
> Em outros termos, o STJ adota o entendimento de que o termo "União", expresso no §2º, do art. 109, da CF/1988 não pode ser estendido analogicamente aos entes federais da administração indireta. A omissão no texto constitucional faria com que o foro competente para as causas propostas contra tais entes seja o previsto na lei processual civil.[109]
>
> O STF, no entanto, adotou entendimento diametralmente oposto.
>
> No RE n. 627.709, julgado sob o regime de repercussão geral, entenderam os ministros que as possibilidades de escolha de foro em ações envolvendo a União se estendem aos demais entes da administração indireta federal. Para o ministro Ricardo Lewandowski, o texto normativo em questão "não foi concebido para favorecer a União, mas sim para beneficiar o outro polo da demanda, que, dispondo da faculdade de escolha do foro, terá mais facilidade para obter a pretendida prestação jurisdicional".

O enunciado 689 da súmula da jurisprudência predominante do STF prevê que, em causas propostas por segurado contra o INSS, ainda é possível propor a demanda perante o juízo federal da capital do estado-membro, que é a sede da seção judiciária: "O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária

---

107. Ressalte-se que no caso das sociedades de economia mista, embora façam parte da administração federal indireta, suas causas cíveis serão processadas na justiça estadual, consoante o posicionamento jurisprudencial do STJ, consolidado na súmula n. 42.

108. STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1.321.642/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07/08/2012, DJe 17/08/2012. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp 1.208.887/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 06/11/2012, DJe 12/11/2012.

109. Com esse posicionamento: CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da justiça federal*. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 94

perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-membro".[110-111]

O STJ entendeu, em julgamento de recurso especial repetitivo, que o juiz federal pode, de ofício, declinar a competência para o juízo estadual do domicílio do executado, em execução fiscal (1ª S., REsp n. 1.146.194, rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, j. em 14.08.2013). Observe que o caso se refere a regra de competência territorial, em princípio relativa, cujo desrespeito não poderia ser conhecido *ex officio*; observe, ainda, que o julgado parte da premissa de que execução fiscal federal pode tramitar na Justiça Estadual, se no domicílio do executado não houver sede de Justiça Federal (art. 15, I, Lei n. 5.010/1966; art. 109, §3º, CF/1988 – essa regra legal foi revogada pela Lei n. 13.043/2014).

18.5.2. Art. 109, §3º, CF/1988: juízo estadual com competência federal

Os §§ 3º e 4º do art. 109 da CF/1988 autorizam lei infraconstitucional a, preenchidos certos pressupostos, atribuir competência (jurisdição) da Justiça Federal para a Justiça Estadual, desde que não haja no local sede da Justiça Federal. Determinam, ainda, que o recurso contra estas decisões seja dirigido ao Tribunal Regional Federal – e não ao Tribunal de Justiça. Eis o teor dos dispositivos:

> § 3º – Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.
>
> § 4º – Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Duas são as hipóteses em que se admite a atribuição de competência.

A primeira autorização é específica e está prevista constitucionalmente: o constituinte se antecipou e atribuiu competência federal à Justiça Estadual nas hipóteses de causas previdenciárias, permitindo que sejam processadas no foro dos segurados ou beneficiários, se lá não houver sede da Justiça Federal. Dispensa-se

110. Decisão do STF de 20.09.2005 ordenou o desmembramento de processo que apresentava no polo ativo litisconsortes de Estados diferentes com propositura no Paraná, uma consequência à declaração de incompetência daquele juízo para a apreciação da lide. Reconheceu a referida decisão que poderiam os autores ter ingressado com a demanda no Distrito Federal, situação prevista no texto constitucional, mas, uma vez proposta no Paraná, circunstância que também não se encaixa na hipótese do foro da ocorrência do fato ou ato, o Pretório Excelso houve por bem desmembrar a demanda e remeter cópias do processo às secções judiciárias respectivas de cada autor (RE 451907/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 20.9.2005).

111. Enunciado n. 23 FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais (21.10.2005): Nas ações de natureza previdenciária e assistencial, a competência é concorrente entre o JEF da Subseção judiciária e o da Sede da Seção judiciária (art. 109, §3º da CF/1988 e n. 689 da súmula do STF).

a legislação ordinária, pois a própria Constituição Federal cuidou de atribuir excepcionalmente esta competência ao juízo estadual. Não importa que o segurado seja réu ou autor: para ambos os casos, atribui-se jurisdição federal ao juízo estadual.

Nada impede que o segurado opte por demandar perante um juízo federal da capital, não obstante tenha domicílio em cidade do interior em que não há vara federal: a regra de delegação foi criada para facilitar a vida do cidadão, mas não lhe é imposta como único caminho a ser seguido.[112] Não lhe é autorizado, porém, demandar em outra cidade, perante juízo estadual, se naquela em que reside há vara federal (STF, 2ª T., AGRRE 227.132/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.06.1999, DJ de 27.08.1999, p. 59). Não pode o INSS, também, propor demanda em face do segurado na capital, perante o juízo federal, se o réu estiver domiciliado em cidade do interior que não disponha de vara federal. Neste último caso, poderá o segurado alegar incompetência relativa; se se calar, haverá prorrogação da competência.

A criação superveniente de vara federal na localidade implica deslocamento da causa para o juízo federal, porque se trata de fato superveniente que altera competência absoluta e que, portanto, está apto a quebrar a perpetuação da competência determinada pelo art. 43 do CPC.[113]

Veja decisão do STJ, que bem elucida a questão e ainda cuida do problema das varas distritais:

> "1. A Vara Distrital na circunscrição territorial da Comarca com sede em outro município, na organização judiciária, não se distingue como Comarca para a previsão constitucional de competência federal delegada.
>
> 2. Havendo vara federal na comarca onde se situa o foro distrital, não há delegação de competência prevista no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, restando incólume a competência da Justiça Federal.
>
> 3. Adota-se tal entendimento inclusive para os processos em curso, haja vista que o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica em caso de competência absoluta, mas apenas de competência relativa..." (STJ, 1. S., CC 38.713/SP, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 14.04.2004, DJ de 03.11.2004).[114]

112. A propósito, enunciado n. 08 da súmula da jurisprudência do TRF da 4ª Região: "Subsiste no novo texto constitucional a opção do segurado para ajuizar ações contra a Previdência Social no foro estadual do seu domicílio ou no do Juízo Federal".

113. Neste sentido, PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal Comum*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 306; BOCHENEK, Antônio César. *Competência Cível da Justiça Federal e dos juizados especiais cíveis*, cit., p. 157. No STJ, 3ª S., CC n. 18416-SP, rel. Min. Vicente Leal, j. 11.12.1996, DJ de 24.02.1997, p. 3290; 1ª S., CC n. 15.423, rel. Min. José de Jesus Filho, j. 28.11.1995, DJ de 12.02.1996, p. 2396; 1ª S., CC n. 12500-SP, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 28.03.1995, DJ de 12.06.1995, p. 17.575; STJ, 1ª Seção, CC n. 60.807/MG, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 10.12.2008, publicado no DJe de 19.12.2008. Há, porém, decisões em outro sentido. STJ, 1ª T., REsp n. 1.028.117/CE, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 12.05.2009, DJe de 25.05.2009.

114. Há precedente, da mesma 1ª Seção do STJ, em sentido diverso: CC n. 38.712/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.11.2003, DJ de 09.12.2003.

Vamos adiante.

O Superior Tribunal de Justiça ainda considera aplicável o enunciado 216 da súmula da jurisprudência predominante do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR),[115] que afirma que essa autorização constitucional não se aplica aos casos de mandado de segurança.[116] A restrição é, a todos os olhos, descabida: a) a Constituição fala de causas de que faça parte o segurado, sem especificar o procedimento; b) mandado de segurança é direito fundamental; logo ele estaria fora de uma regra que tem o claro objetivo de favorecer o cidadão em face do Estado?

O texto constitucional menciona as causas que envolvam "segurados" ou "beneficiários". O texto permite uma interpretação extensiva, para que se entenda que não só os titulares de benefícios previdenciários, mas também aqueles que têm direito a benefícios assistenciais podem demandar em seu domicílio, se lá não houver sede da Justiça Federal. Corretamente, a propósito, STJ, 3ª S., CC n. 37717/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 08.10.2003, publicado no DJ de 09.12.2003, p. 209:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ARTIGO 109, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. A literalidade do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição da República deixa certo que à Justiça Estadual foi atribuída a competência excepcional para processar e julgar, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, exclusivamente, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, além daqueloutras permitidas em lei.
>
> 2. À luz da evidente razão da norma inserta no parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição da República, é de se interpretá-la atribuindo força extensiva ao termo "beneficiários", de modo a que compreenda os que o sejam do segurado, mas também aqueloutros do benefício da assistência social, como, aliás, resta implícita na jurisprudência desta Egrégia Terceira Seção, que tem compreendido no benefício previdenciário o benefício assistencial".

A Constituição Federal também procede a uma autorização genérica para o legislador infraconstitucional atribuir competência ao juízo estadual. Prescreve que a

115. "Compete à Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade previdenciária, ainda que localizada em Comarca do interior".

116. CC n. 31437-MG, publicado no DJ de 31.03.2003, p. 146, rel. Min. Laurita Vaz: "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. SUSPENSÃO. PAGAMENTO. ATO DE CHEFE DE POSTO LOCAL DO INSS. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO. VARA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO FEDERAL PELO JUIZ DE DIREITO. ART. 109, 3º, CF/1988. HIPÓTESE NÃO CARACTERIZADA. APRECIAÇÃO. RECURSO. COMPETÊNCIA. CORTE ESTADUAL. 1. A Terceira Seção desta Corte firmou sua jurisprudência no sentido de que a delegação de competência inserta no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, não incide em mandado de segurança no qual é discutida matéria previdenciária, sendo ainda aplicável o verbete da Súmula n.º 216 do extinto Tribunal Federal de Recursos".

lei infraconstitucional poderá proceder a essa atribuição, qualquer que seja a causa, desde que no foro local não haja sede da Justiça Federal – se houver, de fato, não há necessidade de atribuir-se, pois a razão de ser dos dispositivos é exatamente facilitar o acesso à Justiça Federal, a qual, como se sabe, se encontra sediada apenas em capitais e grandes cidades do interior do Brasil.[117] Frise-se que essa atribuição deve vir expressamente prevista na Lei, não se admitindo interpretação elástica. São exemplos: art. 15, Lei n. 5.010/1966,[118] art. 4º, Lei n. 6.969/1981 (usucapião especial rural),[119] produção antecipada de prova (art. 381, §4º, CPC), cartas precatórias (art. 69, §3º, e art. 237, par. ún., CPC), expedição de certificado de naturalização (art. 119, § 2º, Lei n. 6.815/1980) etc. O n. 349 da súmula do STJ traz mais um exemplo de causa federal que o juiz estadual tem competência para processar: "Compete à Justiça Federal ou aos juízes com competência delegada o julgamento das execuções fiscais de contribuições devidas pelo empregador ao FGTS".

Competência recursal. Muito embora corra o processo na justiça estadual, o recurso será para o Tribunal Regional Federal (art. 109, § 4º, CF/1988).

18.6. Competência do Tribunal Regional Federal (art. 108 da CF/1988)

A competência cível do TRF é sempre funcional, não sendo relevantes os sujeitos da demanda nem a matéria discutida. Divide-se em originária, inciso I do art. 108 da CF/1988, e derivada, inciso II do mesmo artigo.

A competência originária cível do TRF está prevista em três alíneas do inciso I do art. 108: a) julgar ação rescisória ajuizada contra seus julgados ou julgados de

117. MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência Cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 115.

118. Art. 15 da Lei n. 5.010/1966: "Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juízes Estaduais são competentes para processar e julgar: I – os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas; II – as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente fôr domiciliado na Comarca; III – os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária".

119. § 1º do art. 4º da Lei n. 6.969/1981: "Observado o disposto no art. 126 da Constituição Federal, no caso de usucapião especial em terras devolutas federais, a ação será promovida na comarca da situação do imóvel, perante a Justiça do Estado, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, cabendo ao Ministério Público local, na primeira instância, a representação judicial da União". Este parágrafo precisa de adaptações históricas: a) a referência é à Constituição antiga; o artigo da Constituição de 1988 que autoriza a delegação é o 109; b) não existe mais o Tribunal Federal de Recursos; o recurso deve ser dirigido ao Tribunal Regional Federal, conforme o §4º do art. 109 da CF/1988; c) o Ministério Público, após a CF/1988, não atua mais como representante judicial da União (art. 129, IX, CF/1988); a defesa da União deverá ser feita por um dos advogados que compõem os quadros da Advocacia Geral da União. Assim, havendo intervenção da União, ou de qualquer de seus entes, bem como seja ela (eles) ré necessária (como confinante, p. ex.), e não existindo sede da Justiça Federal no local em que se situa o imóvel usucapiendo, a demanda deverá ser ajuizada perante a Justiça Estadual, com recurso dirigido ao Tribunal Regional Federal. O que importa é que a causa sempre tramite no foro do local do imóvel. O Superior Tribunal de Justiça já sumulou este entendimento, recepcionando o mencionado §1º como hipótese de atribuição de competência federal à Justiça Estadual. Eis o teor do enunciado nº 11 da súmula do STJ: "A presença da União ou de qualquer dos seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel".

juízes federais (alínea "b"); b) julgar mandado de segurança e *habeas data* contra seus atos ou atos de juízes federais (alínea "c"); c) julgar conflito de competência entre juízes federais (alínea "e").

O Superior Tribunal de Justiça deu interpretação extensiva à alínea "e" do inciso I do art. 108 da CF/1988, para que se entenda como da competência do TRF o julgamento do conflito de competência envolvendo juiz federal e juiz estadual investido de jurisdição federal (art. 109, § 3º, CF/1988), da mesma região – enunciado 03 da súmula da jurisprudência dominante do STJ.

Algumas dúvidas surgem em relação à competência do TRF para processar e julgar ação rescisória e mandado de segurança contra ato judicial, quando o ato questionado for de outro tribunal, de um juiz estadual investido de jurisdição federal e de juiz estadual sem investidura federal, e tais demandas tenham sido ajuizadas por entes federais. Um exemplo, para elucidar: de quem é a competência para processar e julgar ação rescisória ajuizada pela União, na qualidade de terceira, com o objetivo de rescindir acórdão proferido por um Tribunal de Justiça?

A resposta a essas dúvidas pode ser apresentada em forma de quadro esquemático.

	Mandado de segurança	Ação rescisória
Acórdão de outro tribunal	O TRF não tem competência para processar e julgar. Há uma regra constitucional implícita, corroborada pela súmula do STF[120], de que o mandado de segurança contra ato do tribunal é da competência do próprio tribunal que proferiu o ato.	O TRF não tem competência para processar e julgar. Há uma regra constitucional implícita de que o tribunal tem competência para julgar a ação rescisória de seus julgados.
Decisão de juiz estadual investido de jurisdição federal	Aqui a competência do TRF é discutível, pois o texto expresso da CF/1988 não menciona o MS contra ato de juiz estadual investido de jurisdição federal. Tendo em vista: a) a interpretação extensiva que o STJ fez da alínea "e"; b) que o MS, nesses casos, funciona como sucedâneo recursal, é razoável entender que o TRF tem competência para processar e julgar mandado de segurança contra ato de juiz estadual investido de jurisdição federal.	Aqui a competência do TRF é discutível, pois o texto expresso da CF/1988 não menciona a ação rescisória de decisão de juiz estadual investido de jurisdição federal. Tendo em vista a interpretação extensiva que o STJ fez da alínea "e", é razoável entender que o TRF tem competência para processar e julgar a ação rescisória, em tais casos.
Decisão de juiz estadual sem investidura federal	O TRF não tem competência, nesta hipótese. Este mandado de segurança será da competência do tribunal a que se vincular o magistrado-coator.	O TRF não tem competência, nesta hipótese. Esta ação rescisória será da competência do tribunal a que se vincular o magistrado que proferiu a decisão rescindenda.

120. Ver o enunciado n. 330 da súmula do STF: "O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos estados".

A competência recursal do TRF está regulada no art. 108, II, da CF/1988. Compete ao TRF julgar o recurso interposto contra as decisões dos juízes federais e dos juízes estaduais, investidos de jurisdição federal. Embora omissa a CF/1988, também terá competência o TRF para julgar embargos de declaração opostos contra seus próprios julgados – trata-se de competência implícita, admitida pelo STF no direito brasileiro.

Não tem o TRF competência para julgar recurso interposto contra decisão de juiz estadual sem investidura federal, conforme, aliás, consolidada interpretação jurisprudencial (enunciado 55 da súmula da jurisprudência predominante do STJ).

Assim, *quid iuris* se a União (ou entidade autárquica ou empresa pública federais) recorrer, como terceira, de sentença proferida contra a sociedade de economia mista: desloca-se o julgamento para Justiça Federal ou permanecerá competente o Tribunal de Justiça do Estado-membro? E se ela pedir para intervir como assistente em processo que está pendente de julgamento em segunda instância da Justiça Estadual?

No primeiro caso, o recurso, a despeito de ter sido interposto pela União, deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado, e não pelo Tribunal Regional Federal, porquanto esse somente tem competência recursal para "as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição".

Do mesmo modo, "se a autarquia federal ingressa como assistente de uma das partes, após proferida a sentença, a causa não se desloca da Justiça Estadual para a Justiça Federal, pois o Tribunal Regional Federal não poderia exercer juízo de revisão sobre a sentença de juiz estadual...".[121] Incide, na sua inteireza, o enunciado n. 55 do Superior Tribunal de Justiça. Na mesma linha, e também aplicável, o vetusto enunciado n. 518 da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

121. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 124. Em sentido contrário: "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO DO TRIBUNAL ESTADUAL. INTERVENÇÃO DA UNIÃO NO FEITO. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 150 DO STJ. ANULAÇÃO DE ATOS DECISÓRIOS. ENCAMINHAMENTO À JUSTIÇA FEDERAL PRECEDENTES. 1. A intervenção da União em ação rescisória de acórdão proferido por tribunal estadual desloca a competência para a Justiça Federal. 2. Admitida a União como assistente especial na ação rescisória, a competência para o julgamento da causa desloca-se para a Justiça Federal a quem compete a verificação de existência de interesse jurídico, nos termo da Súmula 150/STJ. 3. Conquanto, em princípio, ao Tribunal de Justiça caiba analisar ação rescisória intentada contra julgado proferido juízes ou órgãos colegiados a ele vinculados, não viola a legislação federal de índole infraconstitucional a remessa dos autos à Justiça Federal para julgar o mérito da pretensão, quando ente federal tenha sido admitido na rescisória como autor, réu, assistente ou opoente. (STJ, 3ª T., REsp n. 843.924/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 20.09.2011, publicado no DJe de 26.09.2011) O STJ também já entendeu que o recurso de ente federal desloca a causa para a Justiça Federal, mesmo contra decisão de juiz estadual (STJ, 1ª Seção, EDcl no AgRg no CC 89.783/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, j. 09/06/2010, DJe 18/06/2010). Essa orientação não tem, porém, respaldo constitucional – nesse sentido, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Fazenda pública em juízo*. 10.ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 182-183.

"A intervenção da União, em feito já julgado pela segunda instância e pendente de embargos, não desloca o processo para o Tribunal Federal de Recursos".[122]

O Superior Tribunal de Justiça publicou o enunciado n. 365 da súmula da sua jurisprudência predominante: "A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual".

Em relação ao primeiro trecho do enunciado, nada a acrescentar, tendo em vista que se trata de aplicação direta do inciso I do art. 109 da CF/1988.

O trecho final do enunciado, porém, não parece correto ("ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual"). É que, proferida a sentença, a competência para o julgamento do recurso passa a ser do tribunal. A competência recursal do TRF está prevista no art. 108, II, CF/1988. Ali, apenas se prevê competência derivada para os casos de recursos contra decisões de juízes federais e de juízes estaduais investidos de jurisdição federal. O TRF não pode julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual. A regra foi confirmada pelo enunciado n. 55 do mesmo STJ. Assim, proferida a sentença por juízo estadual, a causa deve continuar tramitando perante o respectivo Tribunal de Justiça, mesmo que a União passe a fazer parte do processo. Note que se a intervenção da União ocorrer ainda em primeira instância, a causa deverá ser remetida à Justiça Federal (art. 109, I, CF/1988; súmula do STJ, n. 150).

Como se vê, a parte final do enunciado n. 365 do STJ não está em conformidade com a CF/1988 e, o que nos deixa perplexos, está em contradição com o n. 55 da mesma súmula do STJ.

Ao examinar um dos precedentes que gerou esse enunciado sumulado (CC n. 83281/SP, j. em 14.11.2007, publicado no DJ de 10.12.2007, p. 287), nota-se que ao trecho criticado pode ser atribuído outro sentido, este adequado à Constituição. Se a intervenção da União se der na fase de execução (em primeira instância) de sentença proferida por juiz estadual, a causa deve ser realmente remetida ao juízo federal. Neste caso, o n. 365 da súmula do STJ pode ser aplicado. Não há qualquer problema na alteração do juízo em fase de execução, se

122. Em sentido contrário, sem maiores argumentos, decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: "Com base na jurisprudência do STF no sentido de que compete à Justiça Federal manifestar-se, em ação de usucapião, sobre a existência ou não de interesse jurídico da União na lide, a Turma decidiu que compete ao Tribunal Regional Federal julgar, em sede recursal, a decisão de magistrado estadual que não admitira a intervenção da União, requerida em razão da área usucapienda confrontar com terreno de marinha..." (RE 144.880-ES, rel. Min. Celso de Mello, 31.10.2000; precedente citado RE 203.088-SC, DJU de 13.03.1998). Nessa mesma linha, STJ, Conflito de Competência Nº 38.790 – RS, rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, j. 27.08.2003.

> sobrevier fato que altere a competência absoluta (como a intervenção da União). Assim, embora se mantenha a crítica quanto à redação do enunciado, que poderia ser mais claro, é preciso reconhecer que é possível extrair de seu trecho final uma interpretação em conformidade com o texto constitucional.

Perceba, porém, que, se a intervenção do ente federal se der ainda em primeira instância, a causa deverá ser remetida à Justiça Federal, por força do art. 109, I, aplicado à competência dos juízes federais.

Há, ainda, uma última advertência: se o TRF, ao julgar uma apelação interposta pela União, em processo em que ela litiga em litisconsórcio com um ente privado (um banco, por exemplo), reconhecer a sua ilegitimidade *ad causam*, e excluí-la do feito, não será caso de remessa dos autos à Justiça Estadual nem de reconhecimento de uma eventual incompetência absoluta da Justiça Federal para ter processado a causa até então. Caberá ao TRF prosseguir no julgamento do recurso, a despeito da exclusão do ente federal.

Em primeiro lugar, cabe ao TRF, e não ao TJ, julgar o recurso interposto contra decisão de juiz federal. Em segundo lugar, a Justiça Federal não era incompetente, pois até então a União estava no processo, tanto que, no caso citado, o magistrado *a quo* lhe reconhecera legitimidade *ad causam*. Lembre-se: a competência do TRF não é determinada em razão da pessoa; trata-se de competência funcional, hierárquica (julgar recurso). A situação seria outra se o recurso fosse o agravo de instrumento: é que, excluído o ente federal, e não tendo terminado o processo em primeira instância, que prosseguia, caberá ao juiz federal, tendo em vista que não mais subsiste o fato que lhe imputava a competência (art. 109, I, CF/1988), remeter os autos à Justiça Estadual.

sobrevier fato que altere a competência absoluta (como a intervenção da União). Assim, embora se mantenha a crítica quanto à redação do enunciado, que poderia ser mais claro, é preciso reconhecer que é possível extrair de seu trecho final uma interpretação em conformidade com o texto constitucional.

Perceba, porém, que, se a intervenção do ente federal se der ainda em primeira instância, a causa deverá ser remetida à Justiça Federal, por força do art. 109, I, aplicado à competência dos juízes federais.

Há, ainda, uma última advertência: se o TRF, ao julgar uma apelação interposta pela União, em processo em que ela litiga em litisconsórcio com um ente privado (um banco, por exemplo), reconhecer a sua ilegitimidade ad causam, e excluí-la do feito, não será caso de remessa dos autos à Justiça Estadual nem de reconhecimento de uma eventual incompetência absoluta da Justiça Federal para ter processado a causa até então. Caberá ao TRF prosseguir no julgamento do recurso, a despeito da exclusão do ente federal.

Em primeiro lugar, cabe ao TRF, e não ao TJ, julgar o recurso interposto contra decisão de juiz federal. Em segundo lugar, a justiça federal não era incompetente, pois até então a União estava no processo, tanto que, no caso citado, o magistrado a quo lhe reconheceu legitimidade ad causam. Lembre-se: a competência do TRF não é determinada em razão da pessoa; trata-se de competência funcional, hierárquica (julgar recurso). A situação seria outra se o recurso fosse o agravo de instrumento: é que, excluído o ente federal, e não tendo terminado o processo em primeira instância, que prosseguiu, caberá ao juiz federal, tendo em vista que não mais subsiste o fato que lhe imputava a competência (art. 109, I, CF/1988), remeter os autos à justiça estadual.

CAPÍTULO 5

Mediação e Conciliação

Sumário • 1. A política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos. O princípio do estímulo da solução do litígio por autocomposição – 2. A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – 3. Mediação e conciliação: distinções e semelhanças – 4. Normas que regem a mediação e a conciliação – 5. O centro de solução de conflitos – 6. As câmaras privadas de mediação e conciliação – 7. As câmaras administrativas de mediação e conciliação – 8. Considerações críticas.

1. A POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS JURÍDICOS. O PRINCÍPIO DO ESTÍMULO DA SOLUÇÃO DO LITÍGIO POR AUTOCOMPOSIÇÃO

Instituiu-se, no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição (Resolução n. 125/2012 do Conselho Nacional de Justiça).

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.

O Conselho Nacional de Justiça vem exercendo um relevante papel como gestor desta política pública, no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução n. 125/2010 do CNJ confirma isso – a ela será dedicado o próximo item.

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: *a)* dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); *b)* estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); *c)* permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); *d)* permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); *e)* permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190).

O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: "§ 2º O Estado promoverá,

sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

Até mesmo no âmbito do Poder Executivo, a solução negocial é estimulada. A criação de regras que permitem a autocomposição administrativa (por exemplo, a possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais) e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem esta tendência – ver item mais à frente.

Pode-se, inclusive, defender a atualmente a existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição* – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

2. A RESOLUÇÃO N. 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Até a edição do CPC, o mais importante instrumento normativo sobre a mediação e a conciliação é a Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça.

Esta Resolução, por exemplo: a) institui a Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (art. 1º); b) define o papel do Conselho Nacional de Justiça como organizador desta política pública no âmbito do Poder Judiciário (art. 4º); c) impõe a criação, pelos tribunais, dos centros de solução de conflitos e cidadania (art. 7º); d) regulamenta a atuação do mediador e do conciliador (art. 12), inclusive criando o seu Código de Ética (anexo da Resolução); e) imputa aos tribunais o dever de criar, manter e dar publicidade ao banco de estatísticas de seus centros de solução de conflitos e cidadania (art. 13); f) define o currículo mínimo para o curso de capacitação dos mediadores e conciliadores.

A reprodução dos *consideranda* da Resolução cumpre bem a sua função didática, revelando com clareza a importância deste ato normativo e os seus objetivos: "CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República; CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009; CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito

nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais; CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria; CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000[1].

3. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS

Mediação e *conciliação* são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Não são, por isso, espécies de *heterocomposição* do conflito; trata-se de exemplos de *autocomposição*, com a participação de um terceiro.

Ambas são técnicas que costumam ser apresentadas como os principais exemplos de "solução alternativa de controvérsias" (ADR, na sigla em inglês: *alternative dispute resolution*). O adjetivo, no caso, funciona para contrapor essas formas de solução dos conflitos à jurisdição estatal.

Esses são os aspectos que aproximam as duas técnicas. A diferença entre a conciliação e a mediação é sutil – e talvez, em um pensamento analiticamente mais rigoroso, inexistente, ao menos em seu aspecto substancial. A doutrina costuma considerá-las como *técnicas* distintas para a obtenção da autocomposição.

1. Esta Resolução foi claramente inspirada no pensamento de Kazuo Watanabe: WATANABE, Kazuo. "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses". Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf, consultado em 18.09.2012.

O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que *não* havia vínculo anterior entre os envolvidos.

O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito.

Os §§2º e 3º do art. 165 do CPC ratificam essa diferenciação: "§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos".

Em ambos os casos, veda-se a utilização, pelo terceiro, de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

A mediação e a conciliação podem ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente, quando já existente o processo jurisdicional. Neste último caso, o mediador e o conciliador são auxiliares da justiça. Esta qualificação é importante, pois a eles devem ser aplicadas as regras relativas a esse tipo de sujeito processual, inclusive em relação ao impedimento e à suspeição (arts. 148, II, 170 e 173, II, CPC).

A mediação e a conciliação podem ocorrer perante câmaras públicas institucionais, vinculadas a determinado tribunal, ou em ambiente privado, em câmaras privadas ou com um viés mais informal, em escritórios de advocacia, por exemplo. Há, ainda, a possibilidade de mediação e conciliação em câmaras administrativas, institucionalmente vinculadas à Administração Pública (arts. 167, 174 e 175, CPC).

O mediador e o conciliador podem ser funcionários públicos ou profissionais liberais (art. 167, CPC). É importante que se encare este tipo de atuação como uma atividade remunerada, até mesmo para que haja um aprimoramento do nível desses auxiliares da justiça (art. 169, CPC). Nada impede, porém, que a mediação e a conciliação sejam feitas *pro bono*, como trabalho voluntário (art. 169, §1º, CPC).

Os interessados podem escolher, consensualmente, o mediador e o conciliador e a câmara privada para a realização da mediação ou conciliação (art. 168, CPC). A

escolha pode recair em um profissional que não esteja cadastrado perante o tribunal (art. 168, §1º, CPC). Neste caso, é preciso providenciar este cadastro (art. 167, *caput*).

O cadastro é importante, pois, os mediadores e conciliadores devem passar por um curso de capacitação, cujo programa é definido pelo mesmo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça, além de se submeterem a reciclagens periódicas (art. 167, §1º, CPC; art. 12, Resolução n. 125/2010 do CNJ).

4. NORMAS QUE REGEM A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, do *autorregramento da vontade*, da normalização do conflito, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (art. 166, CPC).

A *independência* rege a atuação do mediador e do conciliador, que têm o dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexequível (art. 1º, §5º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo da Resolução n. 125/2010-CNJ).

A *imparcialidade* é, realmente, indispensável em um processo de mediação ou conciliação. Mediador e conciliador não podem ter qualquer espécie de interesse no conflito. Trata-se de um reflexo do princípio da impessoalidade, próprio da administração pública (art. 37, *caput*, CF/1988). A aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar um ambiente favorável à autocomposição, não ofende o dever de imparcialidade (art. 166, §3º).

O princípio do *autorregramento da vontade* é, como se sabe, corolário da liberdade. Na mediação e na conciliação, é um pressuposto e, ao mesmo tempo, a sua própria razão de ser: tudo é pensado para que as partes definam a melhor solução para o seu problema jurídico. O respeito à vontade das partes é absolutamente fundamental, podendo ser considerado, aliás, o princípio mais importante no particular. O mediador e o conciliador estão, por isso, proibidos de constranger os interessados à autocomposição.

A vontade das partes pode direcionar-se, inclusive, à definição das regras procedimentais da mediação ou conciliação e, naturalmente, até mesmo à extinção do procedimento negocial (art. 166, §4º, CPC; art. 2º, §2º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo da Resolução n. 125/2010-CNJ).

A *confidencialidade* estende-se a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes (art. 166, §1º, CPC). Mediador e conciliador têm, assim, o dever de sigilo profissional. Ambos, assim como os membros

de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (art. 166, §2º, CPC).

A *oralidade* e a *informalidade* orientam a mediação e conciliação. Ambas dão a este processo mais "leveza", sem o ritual e a simbologia próprios da atuação jurisdicional. Mediador e conciliador devem comunicar-se em linguagem simples e acessível e não devem usar nenhum tipo de roupa solene (veste talar, toga etc.). É conveniente que a negociação realize-se em ambiente tranquilo, se possível sem barulho, em mesa redonda e com as paredes pintadas com cor clara. Todos são aspectos cênicos importantes, pois permitem um diálogo mais franco, reforçando a oralidade e a informalidade.

É imprescindível, porém, que as partes sejam bem informadas. O consenso somente deve ser obtido após a correta compreensão do problema e das consequências do acordo. A informação garante uma participação dos interessados substancialmente qualificada. A qualificação da informação qualifica, obviamente, o diálogo. Eis o princípio da *decisão informada*. Avulta, neste momento, o papel do mediador e do conciliador, como condutores da negociação.

5. O CENTRO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os tribunais deverão criar centros de solução de conflitos. A criação destes centros e as suas linhas gerais estão previstas no art. 165, *caput*, CPC, e nos arts. 8º a 11 da Resolução n. 125/2010 do CNJ. É importante observar que a criação destes centros é obrigatória.

Estes centros serão preferencialmente responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, que ficarão a cargo de mediadores ou conciliadores – a realização da mediação ou da conciliação no próprio juízo onde tramita o processo deve ser encarada como algo excepcional (art. 165, *caput*, CPC). Além disso, estes centros têm o dever de atender e orientar o cidadão na busca da solução do conflito (art. 165, *caput*, CPC, e art. 8º, *caput*, da Resolução n. 125/2010, CNJ).

Os centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberá a sua administração, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores (art. 9º, *caput*, Resolução n. 125/2010, CNJ).

As sessões de conciliação e mediação pré-processual devem realizar-se nestes centros.

6. AS CÂMARAS PRIVADAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A mediação e a conciliação podem realizar-se perante câmaras privadas. Nos EUA, por exemplo, é o que normalmente acontece. Bem pensadas as coisas, talvez seja este o ambiente mais adequado para a solução negocial dos conflitos.

Essas câmaras possuem suas regras procedimentais, além de um quadro de mediadores e conciliadores cadastrados.

Tanto podem caracterizar-se como exercício de uma atividade lucrativa, como podem ser câmaras de conciliação de caráter comunitário, geridas por associações de bairro ou outras entidades não-governamentais sem finalidade lucrativa – como, por exemplo, os sindicatos, com as suas comissões de conciliação prévia para as questões trabalhistas.

As câmaras de arbitragem costumam atuar, também, como instância de mediação e conciliação.

7. AS CÂMARAS ADMINISTRATIVAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A Administração pública pode criar câmaras administrativas para solução consensual de conflitos.

Essas câmaras podem, por exemplo, ter competência para (art. 174, CPC): a) dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (conflitos de competência entre órgãos de fiscalização, p. ex.); b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública (pedidos de parcelamento de dívidas fiscais, p. ex.); c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta, instrumento negocial importante para a solução de conflitos coletivos (art. 5º, §6º, Lei n. 7.347/1985).

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), instituída pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, tem sua estrutura definida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que teve a sua redação alterada pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011[2]. Trata-se de modelo muito interessante e que pode servir como paradigma para a criação de órgãos semelhantes nos outros entes federativos.

8. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

A autocomposição não pode ser encarada como panaceia.

---

2. O art. 18 do Decreto n. 7.392/2010 estabelece a seguinte competência da CCAF: "I – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; II – requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação; III – dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; IV – buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; V – promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; VI – propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e VII – orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados."

Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no Judiciário[3] ou como técnica de aceleração dos processos[4]. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento.

É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constrangem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador.

Demais disso, convém sempre ficar atento, em um processo de mediação e conciliação, ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos (disparidade de poder ou de recursos econômicos)[5]. Trata-se de fator que comumente leva um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse.

3. Com preocupação semelhante, Flávio Yarshell, que acrescenta: "a conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes – direito mais do que legítimo – passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação e configura quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos". (YARSHELL, Flávio Luiz. "Para pensar a Semana Nacional da Conciliação". *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3.)

4. Com o grave risco de celebração de "acordos inexequíveis e antissociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos "resolvidos" ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional". (NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. "Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos". Revista Consultor Jurídico, 31.08.2012.)

5. Sobre o tema convém consultar o conhecido ensaio de Owen Fiss: FISS, Owen. "Contra o acordo". *Um novo processo civil*. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trad.). São Paulo: RT, 2004, p. 121 e segs. A propósito, eis o que afirma: "A disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito. Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória. (FISS, Owen. "Contra o acordo"., cit., p. 125).

CAPÍTULO 6

Teoria da Ação: da ação e do direito de ação

Sumário • 1. Direito de ação, ação, procedimento e direito afirmado – 2. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas – 3. A demanda e a relação jurídica substancial – 4. Elementos da ação: 4.1. Causa de pedir e pedido; 4.2. Partes – 5. Classificação das ações; 5.1. Classificação segundo a natureza da relação jurídica discutida: real e pessoal; 5.2. Classificação segundo o objeto do pedido mediato: mobiliária ou imobiliária; 5.3. Classificação segundo o tipo de tutela jurisdicional: conhecimento, cautelar e executiva. Ações sincréticas; 5.4. Ações de conhecimento: condenatórias, constitutivas e declaratórias: 5.4.1. Ações condenatórias: as ações de prestação; 5.4.2. Ações constitutivas; 5.4.3. Ações (meramente) declaratórias; 5.4.4. O art. 20 do CPC. Distinção entre ação meramente declaratória e ação de condenatória. O art. 515, I, do CPC; 5.4.5. Ações mandamentais e ações executivas em sentido amplo. As classificações quinária e quaternária das ações; 5.5. Ações dúplices – 6. Cumulação de ações – 7. Concurso de ações (concurso de direitos) – 8. As condições da ação e o novo CPC.

1. DIREITO DE AÇÃO, AÇÃO, PROCEDIMENTO E DIREITO AFIRMADO

Ação é termo que possui mais de uma acepção na linguagem da Ciência do Direito Processual. Costuma ser utilizado para referir ao *direito de ação*, ao *procedimento*, à *demanda* e, enfim, ao *direito afirmado em juízo*.

Direito de ação[1] é o direito fundamental (situação jurídica, portanto) composto por um conjunto de situações jurídicas, que garantem ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. É direito fundamental que resulta da incidência de diversas normas constitucionais, como os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal – ambos já examinados neste volume do *Curso*. Sobre a complexidade do direito de ação, ver o próximo item.

Ação é um *ato jurídico*. Trata-se do exercício do direito de ação – por isso, pode ser chamado também de *ação exercida*[2]. A *ação* também é conhecida como *demanda* – termo preferível, para evitar incompreensões. Trata-se de ato jurídico importantíssimo[3], pois, além de ser o fato gerador do processo, define o objeto

1. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira propõe a designação "direito fundamental à jurisdição", para reforçar a fundamentalidade desse direito, além de evitar confusão terminológica em razão das diversas acepções do vocábulo "ação" (*v.g.*, ação de direito material, ação processual, ação como direito de demandar etc.). Sobre o assunto: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 45 e segs.
2. NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 117-118.
3. Leonardo Greco aponta este sentido como "muito importante": trata-se de "ação como demanda, como conjunto de elementos propostos pelo autor que delimitam o objeto litigioso, a *res in judicium deducta*, tanto

litigioso, fixando os limites da atividade jurisdicional – sobre o objeto litigioso, ver o capítulo sobre a Teoria da Cognição, neste volume do *Curso*.

Pode-se afirmar que o processo irá adequar-se às peculiaridades daquilo que foi demandado. O estudo do *direito de ação* não se confunde com o estudo da *ação*, embora com ele, obviamente, se relacione. O simples fato de um ser um *direito* (situação jurídica) e o outro ser um *ato jurídico* já impede qualquer confusão.[4]

O estudo dos "elementos da ação" (pedido, causa de pedir e pedido), da "cumulação de ações", do "concurso de ações", da "classificação das ações" diz respeito à "ação exercida", e não ao *direito de ação*. Questões envolvendo coisa julgada, litispendência, conexão e continência, prejudicialidade, intervenção de terceiro, legitimidade para agir e interesse processual também estão intimamente relacionadas à "ação exercida".

Por isso este capítulo dedica-se, sobretudo, ao estudo da demanda – ressalvado o item dedicado à demonstração da complexidade do *direito de ação*. Para o aprofundamento sobre o *direito de ação*, remete-se o leitor ao capítulo sobre jurisdição, especificamente ao item dedicado ao princípio da inafastabilidade.

Não se pode confundir, ainda, o *direito de ação* com o direito que se afirma ter quando se exercita o direito de ação. O *direito afirmado* compõe a *res in iudicium deducta* e pode ser designado como o direito material deduzido em juízo ou a ação material processualizada[5]. Direito de ação e direito afirmado são *distintos* e *autônomos*: o direito de ação não pressupõe a titularidade do direito afirmado. Além disso, o direito de ação não se vincula a nenhum tipo de direito material afirmado: o direito de ação permite a afirmação em juízo de *qualquer* direito material. Por isso, diz-se que o direito de ação é *abstrato*, pois independe do conteúdo do que se afirma quando se provoca a jurisdição.

Finalmente, para encerrar estas distinções, *procedimento* é o um conjunto de atos organizados tendentes a produção de um ato final. Além de uma organização de atos, o procedimento define também as diversas posições jurídicas de que os

---

objetiva quanto subjetivamente" (*A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 12).

4. Assim, ao classificar as ações (em condenatórias, constitutivas ou declaratórias, p. ex.), a doutrina está classificando as demandas – a ação como ato jurídico. Não se trata de uma classificação do direito de ação, que realmente não poderia ser classificado em direito de ação condenatória, direito de ação constitutiva e direito de ação declaratória, porque, como visto, se trata de um direito que abstrai o direito afirmado em juízo. E é importante distinguir os tipos de demanda. Esta é, então, mais uma utilidade da distinção entre "ação" e "direito de ação". Em sentido diverso, porém, considerando "ação" e "direito de ação" como sinônimos, Cassio Scarpinella Bueno entende que a chamada "classificação das ações" é uma designação equivocada, pois o "direito de ação" não poderia ser qualificado ou adjetivado. Prefere, então, referir a classificação da tutela jurisdicional (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 300.)

5. Como, há anos, vem defendendo Roberto Campos Gouveia Filho, professor da Universidade Católica de Pernambuco, em suas exposições.

diversos sujeitos do procedimento serão titulares. O procedimento é a espinha dorsal do formalismo processual, de acordo com a conhecida metáfora de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.[6]

A *ação* é o primeiro ato do procedimento principal; a ação instaura o procedimento. O direito de ação confere ao seu titular o direito a um procedimento adequado, para bem tutelar o direito afirmado na demanda. As noções, como se vê, se relacionam, mas não se confundem.[7]

> Em certos casos, autoriza-se o exercício do direito de ação incidentalmente a um procedimento já instaurado. Neste caso, *esta ação* não será o primeiro ato do procedimento – que se iniciou a partir de *outra ação*. É o que acontece com a *reconvenção*, que é uma *ação* do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado. O processo iniciou-se pela ação do autor; o réu se vale deste processo já existente para exercer incidentalmente o seu direito de ação.

2. O DIREITO DE AÇÃO COMO UM COMPLEXO DE SITUAÇÕES JURÍDICAS

O *direito de ação* é, como qualquer direito, uma situação jurídica.

Sucede que o conteúdo desse direito é complexo[8]: trata-se de direito composto por uma infinidade de situações jurídicas[9].

Nesse complexo de situações jurídicas, há algumas que são pré-processuais (situações jurídicas titularizadas e exercidas antes mesmo de o autor propor a demanda). É o caso do *direito de provocar a atividade jurisdicional* e do *direito à escolha do procedimento*. Esses dois direitos, que compõem o conteúdo do direito de ação, são exemplos de direito potestativo.

No primeiro exemplo, o *direito de provocar a atividade jurisdicional,* há um direito potestativo à criação de um complexo de relações jurídicas, envolvendo os diversos

---

6. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 06-07.
7. É por isso que não se adota a expressão "ação adequada", utilizada por Marinoni, para designar aquilo que pode ser mais bem identificado como "procedimento adequado", evitando-se incompreensões terminológicas. "Ação adequada" é, assim, metonímia que se deve evitar (pelo uso da expressão "ação adequada", MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 283 e segs.).
8. É como afirma Paula Costa e Silva: "o direito de acção tem conteúdo múltiplo, sendo, por isso, uma situação jurídica complexa, decomponível em várias situações jurídicas mais simples (direito de resposta, direito de audição prévia, direito à prova)." (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 150).
9. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero chegam a idêntica conclusão: "O direito de ação é direito compósito". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 164, nota 2; assim, também, mais longamente, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 140.). Também reconhecendo o direito de ação como complexo de "poderes e faculdades", MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 261.

sujeitos do processo que então se inicia – é preciso voltar ao conceito de processo como feixe de relações jurídicas, no capítulo introdutório, neste volume do *Curso*.

Perceba que, após o exercício do direito de provocar a jurisdição, surgem o direito à tutela jurisdicional (direito à resposta do Estado-Juiz, que deve ser qualificado pelos atributos do devido processo legal) e o dever de o órgão julgador examinar a demanda. Além disso, o exercício do direito de provocar a atividade jurisdicional torna alguém réu – sujeito a quem se imputam diversas situações jurídicas. Aquele que é colocado como réu se sujeita, então, ao exercício desse direito potestativo, vendo transformada a sua esfera jurídica.

O *direito à escolha do procedimento* é, também, um direito potestativo. Esse direito é facilmente identificável nos casos em que cabe ao autor a escolha entre um procedimento ou outro. Aquele que se afirma possuidor pode, por exemplo, optar por um procedimento especial (arts. 554 e segs. do CPC) ou pelo procedimento comum para buscar a proteção possessória jurisdicional. Aquele que se afirma titular de direito, em face do Poder Público, cujo suporte fático pode ser comprovado documentalmente (o conhecido "direito líquido e certo"), pode valer-se, à sua escolha, do procedimento especial do mandado de segurança ou do procedimento comum.

> Essa observação é imprescindível para a correta compreensão do prazo para o exercício do direito a escolha do procedimento especial do mandado de segurança – direito potestativo que deve ser exercido no prazo decadencial de cento e vinte dias (art. 23 da Lei n. 12.016/2009). Perceba o seguinte: o prazo decadencial a que se refere a lei é para o exercício do direito potestativo de escolha do procedimento, e não do direito afirmado no mandado de segurança. A redação do dispositivo legal (art. 23 da Lei n. 12.016/2009), aliás, é muito clara neste sentido: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á...". O órgão jurisdicional, ao reconhecer esta decadência, apenas constata a inexistência (extinção) do direito do autor de optar pela via procedimental do mandado de segurança, sem resolver o mérito da causa, que fica intocado. Tanto que o autor poderá voltar a juízo, afirmando o mesmo direito, valendo-se de procedimento comum.

Assim, a lição de Chiovenda, de que o direito de ação é um direito potestativo[10], embora antiga, não está totalmente superada, como se imagina.

> Há, porém, três grandes problemas na teoria de Chiovenda sobre o direito de ação: a) ele não percebeu a "complexidade" deste direito, examinando-o apenas estaticamente; b) afirma-se que o sujeito passivo do direito de ação é apenas o réu, não incluindo o Estado-juiz[11];

10. Sobre o assunto, CHIOVENDA, Giuseppe. "L'azione nel sistema dei diritti". *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 23 e segs.
11. CHIOVENDA, Giuseppe. "L'azione nel sistema dei diritti". *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 15.

c) considera-se o direito de ação como um direito a um julgamento favorável, o que é inadmissível, tendo em vista a autonomia entre o direito de ação e o direito afirmado em juízo, já examinada.

Pois bem.

Instaurado o processo (após o exercício do direito de ação), surgem novas situações jurídicas (situações jurídicas processuais[12]). *Algumas* dessas situações jurídicas compõem o conteúdo do direito de ação.

O *direito à tutela jurisdicional*, o *direito a um procedimento adequado*, *direito a técnicas processuais adequadas para efetivar o direito afirmado*, o *direito à prova* e o *direito de recorrer* são corolários do exercício do direito de ação. Todos são situações jurídicas que compõem o conteúdo eficacial do direito de ação. Neste rol, há direitos a uma prestação e direitos potestativos.

Pode-se afirmar, ainda, que o *direito de ação é um direito que enfeixa todas as situações jurídicas decorrentes da incidência do princípio do devido processo legal*. Assim, é correto dizer que o direito de ação garante, *dentre outras prestações*, um processo adequado, paritário, tempestivo, leal e efetivo. No conteúdo eficacial do direito de ação, há, então, direitos a uma prestação.

O *direito a um procedimento adequado* é um direito a uma prestação – devida pelo Estado, juiz e legislador. O *direito à tutela jurisdicional* é, também, um direito a uma prestação, que, aliás, deve ser cumprida com os atributos inerentes ao devido processo legal – deve ser uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Há um erro que não se pode cometer no estudo do direito de ação: considerá-lo como um direito de conteúdo eficacial unitário.

A visualização do conteúdo complexo do direito de ação é uma dos grandes avanços da ciência jurídica processual contemporânea, que abre importante vereda da Teoria Geral do Processo: a necessária reformulação do conceito jurídico fundamental "direito de ação".

A importância desta constatação é evidente: identificar o conteúdo do direito de ação é fundamental para que se conheçam os limites da atuação do legislador infraconstitucional. Limitações ao direito de ação podem existir, como sempre em tema de direito fundamental. Mas é preciso que tais limitações tenham justificação razoável, sob pena de inconstitucionalidade[13].

12. Sobre as situações jurídicas processuais, de um modo geral, DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.
13. Sobre o exame das limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010; NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Estabelecida essa noção teórica do direito de ação, cabe à ciência dogmática do direito processual reconstruir, a partir da concretização do princípio do devido processo legal (garantido constitucionalmente) e da interpretação de outras normas processuais fundamentais, o conteúdo eficacial deste direito.

3. A DEMANDA E A RELAÇÃO JURÍDICA SUBSTANCIAL

O vocábulo "demanda" tem duas acepções: a) é o ato de ir a juízo provocar a atividade jurisdicional e b) é também o conteúdo dessa postulação.

Toda ação concretamente exercida pressupõe a existência de, pelo menos, uma relação jurídica de direito substancial. Ocorrido o fato da vida previsto no substrato fático de uma determinada norma jurídica, ter-se-á, pela incidência da norma, um fato jurídico. Somente a partir de então é que se poderá falar de situações jurídicas e de todas as demais categorias de efeitos jurídicos (eficácia jurídica)[14].

Nesse contexto, a demanda (entendida como conteúdo da postulação) é o nome processual que recebe a pretensão processual relativa à relação jurídica substancial posta à apreciação do Poder Judiciário. Inexistindo ao menos a afirmação de uma relação jurídica de direito material, o ato demanda não terá conteúdo; será um recipiente vazio.

Todos os elementos da relação jurídica discutida em juízo guardam correspondência com os elementos da demanda, numa perfeita simetria: enquanto a relação jurídica de direito substancial tem como elementos os sujeitos, o fato jurídico e o objeto, a demanda tem como elementos as partes, a causa de pedir e o pedido.

As partes na demanda normalmente coincidem com os sujeitos da relação jurídica substancial (à exceção dos casos de legitimação extraordinária ou se houver ilegitimidade *ad causam*; sobre o tema, ver capítulo sobre pressupostos processuais neste volume do *Curso*). Em razão da autonomia do processo, é possível que os sujeitos processuais (autor e réu) não coincidam com os sujeitos da relação jurídica material deduzida, embora isto não seja a regra.

A causa de pedir na demanda impõe, segundo a vertente acolhida pelo nosso sistema processual, a narrativa dos fatos da vida e da própria relação jurídica nascida a partir deles (teoria da substanciação: causa de pedir = fatos + relação jurídica) e o pedido veicula a pretensão processual do autor (pedido imediato: prestação da atividade jurisdicional; pedido mediato: tutela do bem da vida).

Eis, pois, a relação existente entre os dois institutos: a afirmação da relação substancial é o conteúdo da demanda.

14. A respeito, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 71.

A importância de identificar a relação que se estabelece entre os elementos da relação jurídica deduzida e o estudo da demanda pode ser bem visualizada na tabela abaixo.

Elementos da relação jurídica	Livros da parte Geral do Código Civil	Elementos da ação	Critérios objetivos de distribuição da competência (que leva em consideração a demanda)
sujeitos	das pessoas (Livro I)	partes	em razão da pessoa
objeto	dos bens (Livro II)	pedido	em razão do valor da causa
fato	dos fatos jurídicos (Livro III)	causa de pedir	em razão da matéria

4. ELEMENTOS DA AÇÃO

4.1. Causa de pedir e pedido

Os elementos objetivos da demanda, causa de pedir e pedido, estão examinados, pormenorizadamente, no capítulo dedicado à petição inicial, para onde se remete o leitor.

4.2. Partes

Para a compreensão do conceito de parte, é fundamental que se estabeleça, inicialmente, a distinção entre parte processual, parte material (parte do litígio) e parte legítima.

Parte processual é aquela que está em uma relação jurídica processual, faz parte do contraditório, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma consequência com a decisão. Esse é o conceito que deve ser utilizado.

A parte processual pode ser parte da demanda (demandante e demandado), que é a parte principal, ou a parte auxiliar, coadjuvante, que, embora não formule pedido, ou não tenha contra si pedido formulado, é sujeito parcial do contraditório e, pois, parte. É o caso do assistente simples, por exemplo.

Há as partes da demanda principal, autor e réu, e há as partes de demandas incidentais, que podem não ser as mesmas da demanda principal. Por exemplo: no incidente de arguição da suspeição do juiz, as partes são o arguente (autor

ou réu) e o próprio juiz, que, nesse incidente, é parte. Perceba que o juiz não é parte na demanda principal, mas o é no incidente em que se discute a sua imparcialidade.

Parte material ou *do litígio* é o sujeito da situação jurídica discutida em juízo; pode ou não ser a parte processual, pois o Direito pode conferir a alguém, em certas hipóteses, a legitimação para defender, em nome próprio, interesse alheio – legitimação extraordinária, examinada no capítulo sobre os pressupostos processuais, neste volume do *Curso*. Assim, alguém, mesmo sem ser o titular da situação jurídica discutida, pode ser *parte processual*.

Parte legítima é aquela que tem autorização para estar em juízo discutindo determinada situação jurídica; *parte ilegítima*, por consequência, é o sujeito que, não obstante esteja em juízo, não tem autorização para tanto. Sucede que a *parte ilegítima* também é parte, até porque pode alegar a sua própria ilegitimidade.

> Carnelutti fala, ainda, em *parte complexa*, que seria o conjunto formado pelo incapaz e seu representante ou a pessoa jurídica e o seu órgão presentante.[15] É chamada de *parte complexa* "uma vez que é constituída por uma pluralidade organizada de indivíduos".[16] Distingue-se da *parte simples*, que está em juízo sozinha.

5. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

5.1. Classificação segundo a natureza da relação jurídica discutida: real e pessoal

A demanda pode ser classificada de acordo com a natureza da situação jurídica deduzida em juízo. Se *direito real*, demanda *real*; se *direito pessoal*, demanda *pessoal*. A dificuldade do tema está no direito material. A importância da distinção verifica-se no estudo da competência (arts. 46-47 do CPC) e da capacidade processual das pessoas casadas (art. 73 do CPC).

As ações possessórias nem são reais nem são pessoais; possuem regramento jurídico próprio, bastante semelhante, mas não idêntico, ao das ações reais.

> *Ação reipersecutória* é a ação real ou pessoal pela qual se busca a entrega/restituição de coisa certa que está em poder de terceiro. A ação de recuperação de bem dado em comodato é exemplo de ação reipersecutória pessoal. A ação reivindicatória é exemplo de ação reipersecutória real.

15. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1, § 106, p. 227-228.
16. SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 126.

5.2. Classificação segundo o objeto do pedido mediato: mobiliária ou imobiliária

As demandas classificam-se, também, de acordo com o objeto do pedido. São, assim, mobiliárias ou imobiliárias, conforme o objeto seja bem móvel ou imóvel. A classificação é muito útil para resolver problemas de competência e de capacidade processual das pessoas casadas.

Há uma importante observação: não se pode achar que toda ação imobiliária é real (a ação de despejo é pessoal, pois se funda em direito pessoal, e é imobiliária), nem que toda ação mobiliária é pessoal, pois nada impede que se proponha uma reivindicatória de um carro.

5.3. Classificação segundo o tipo de tutela jurisdicional: conhecimento, cautelar e executiva. Ações sincréticas

As demandas podem ser classificadas de acordo com a natureza da tutela jurisdicional que se busca: conhecimento (certificação de direito), execução (efetivação de direito) ou cautelar (proteger a efetivação de um direito).

Atualmente, essa distinção tem perdido o prestígio, porquanto as demandas têm assumido natureza sincrética: vai-se a juízo em busca de uma providência jurisdicional que viabilize mais de um tipo de tutela jurisdicional, satisfazendo e assegurando, certificando e efetivando, certificando assegurando e efetivando etc. Não deixa de ter importância a distinção entre os tipos de tutela, que são diversos; perde-se, porém, a importância de distinguir as demandas conforme essas modalidades de tutela.

5.4. Ações de conhecimento: condenatórias, constitutivas e declaratórias

5.4.1. Ações condenatórias: as ações de prestação[17]

Há uma clássica divisão dos direitos, muito utilizada pelos processualistas no estudo da tutela jurisdicional. Trata-se da distinção que se faz entre direitos a uma prestação e direitos potestativos. Os direitos potestativos relacionam-se com as ações constitutivas. Os direitos a uma prestação, por suposto, relacionam-se com as ações de prestação, também chamadas de condenatórias.

17. A designação, como se vê, é antiga: "Quien ejercita uma de éstas [pretensões] se dirige a la parte contraria, haciendo apelación a sua obligada voluntad, y aguarda a que se realice el acto que ha de dar cumplimiento a sua reclamación. Mas, como puede ocurrir que no haya cumplimiento espontáneo, hácese menester completar la reclamación y reforzala por medio de la acción y del procedimiento ejecutivo. Estas acciones por medio de las cuales se hace efectiva una exigencia jurídica, se llaman 'acciones prestatorias', puesto que tienden a que se condene al demandando a una prestación, consistente, según los casos, en acción o en una omisión". (THUR, A. von. *Tratado de las obligaciones*. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1, p. 16).

Direito a uma prestação é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação – conduta –, que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar coisa – prestação essa que se divide em dar dinheiro ou dar coisa distinta de dinheiro. O *direito a uma prestação* precisa ser concretizado no mundo físico; a sua efetivação é a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, fala-se em inadimplemento ou lesão. Como a autotutela é, em regra, proibida, o titular desse direito, embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agir para efetivar o seu direito. Tem, assim, de recorrer ao Poder Judiciário, buscando essa efetivação, que, como visto, ocorrerá com a concretização da prestação devida. São direitos a uma prestação, por exemplo: *a)* direitos absolutos (reais e personalíssimos), que têm sujeito passivo universal e cujo conteúdo é uma prestação negativa; *b)* obrigações, que podem ter por conteúdo qualquer prestação.

Os direitos a uma prestação relacionam-se aos prazos prescricionais que, como prevê o art. 189 do Código Civil, começam a correr da lesão ou inadimplemento – não cumprimento pelo sujeito passivo do seu dever.

Quando se pensa em tutela executiva, pensa-se na efetivação de direitos a uma prestação; fala-se de um conjunto de meios para efetivar a prestação devida; fala-se em execução de fazer/não-fazer/dar, exatamente os três tipos de prestação existentes. Não é por acaso, nem coincidência, que a tutela executiva pressupõe inadimplemento – fenômeno exclusivo dos direitos a uma prestação. Executar é forçar o cumprimento de uma prestação. Essa relação entre direito material e processo é fundamental para a compreensão do fenômeno executivo.

Ação condenatória é aquela em que se afirma a titularidade de um direito a uma prestação e pela qual se busca a certificação e a efetivação desse mesmo direito, com a condenação do réu ao cumprimento da prestação devida.

5.4.2. Ações constitutivas

Como já se disse, a ação constitutiva relaciona-se aos chamados direitos potestativos. Ação constitutiva é a demanda que tem o objetivo de obter a certificação e efetivação de um direito potestativo.

Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas. O sujeito passivo de tais direitos nada deve; não há conduta que precise ser prestada para que o direito potestativo seja efetivado. O direito potestativo efetiva-se no mundo jurídico das normas, não no mundo dos fatos, como ocorre, de modo diverso, com os direitos a uma prestação. A efetivação de tais direitos consiste na alteração, criação ou extinção de uma situação jurídica, fenômenos que só se operam juridicamente, sem a necessidade de qualquer ato material (no mundo dos fatos). Exemplifique-se. O direito de

anular um negócio jurídico é um direito potestativo; essa anulação dar-se-á com a simples decisão judicial transitada em julgado, não será necessária nenhuma outra providência material, como destruir o contrato, por exemplo.

A efetivação de um direito potestativo dispensa execução, no sentido do termo aqui utilizado. A sentença que reconheça um direito potestativo já o efetiva com o simples reconhecimento e a implantação da nova situação jurídica almejada. A sentença que acolhe uma demanda que veicule um direito potestativo é uma sentença constitutiva, que, portanto, exatamente por isso não gera atividade executiva posterior, em razão da absoluta desnecessidade.

Como nos direitos potestativos não há dever a ser cumprido pelo sujeito passivo – a doutrina denomina de "estado de sujeição" a situação jurídica do sujeito passivo –, não se pode falar de lesão/inadimplemento; a prescrição, assim, não está relacionada a tais direitos. Na verdade, o direito potestativo submete-se, *se houver previsão legal*, a prazos decadenciais. Por isso, costuma-se dizer que as ações constitutivas ficam sujeitas a prazo decadencial, se houver prazo para o exercício do direito potestativo por ela veiculado – nem sempre há, é bom que se diga, mas, se houver, o prazo é decadencial.

Sempre que do processo resultar uma situação jurídica nova ou a modificação/extinção de uma situação jurídica já existente, o caso é de demanda constitutiva.

São exemplos de ação constitutiva: ação de invalidação, ação de resolução ou revisão de contrato, ação de interdição[18], divórcio, ações divisórias, ação rescisória de sentença, ação de falência, ação de investigação de paternidade, ação rescisória, exclusão de herdeiro etc.

Normalmente, os efeitos de uma decisão constitutiva operam *ex nunc* – sem eficácia retroativa. No entanto, não se desconhecem decisões constitutivas-negativas com eficácia retroativa, como é o caso da que anula negócio jurídico (art. 182 do Código Civil).[19]

---

18. Neste sentido, corretamente, o STJ: "(...) 1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, pois não se limita a declarar uma incapacidade preexistente, mas também a constituir uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela, com efeitos *ex nunc*.(...)". (STJ, 3ª T., REsp 1.251.728/PE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 14.05.2013, publicado no DJe de 23.05.2013). Na doutrina, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, t. XVI, p. 297-298; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Eficácia da sentença de interdição por alienação mental". *Temas de Direito Processual Civil – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

19. "Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente". A propósito, "As sentenças constitutivas, se bem que em regra produzam efeitos somente *ex nunc*, podem, nalguns casos, produzi-los *ex tunc*. Com certeza: recordem-se, a título exemplificativo, a sentença de exclusão do herdeiro ou legatário, por indignidade, e a que anula ato jurídico, nas hipóteses do art. 147 [atual 182] do Código Civil". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Eficácia da sentença de interdição por alienação mental". *Temas de Direito Processual Civil – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 187 – texto entre colchetes não consta do original).

5.4.3. Ações (meramente) declaratórias

A ação meramente declaratória é aquela que tem o objetivo de certificar a existência, a inexistência ou o modo de ser[20] de uma situação jurídica[21] (art. 19, I, CPC). Cabe, também, para a declaração de falsidade ou autenticidade do documento (art. 19, II, CPC).

Um exemplo consagrado de ação declaratória do *modo de ser* de uma relação jurídica se encontra no n. 181 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: "É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual". *Outro exemplo* é a *ação declaratória para interpretar decisão judicial*, que também é ato jurídico; afinal, "não há diferença, para fins do cabimento da ação declaratória, entre as fontes normativas que regem a relação jurídica sobre a qual pairem dúvidas"[22]. O tema voltará a ser examinado no capítulo sobre a teoria da decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*.

A ação meramente declaratória é demanda de simples certificação. As ações de prestação e as ações constitutivas são *também* ações de certificação, mas as meramente declaratórias têm apenas esse objetivo. Por conta disso, porque não se busca, nem mediatamente, a efetivação de qualquer direito, não há prazo para o ajuizamento de uma demanda meramente declaratória, que é imprescritível.

Observe-se que a ação meramente declaratória pode ser *positiva* – quando se pretende a declaração da *existência* da situação jurídica – ou *negativa* – quando se pretende a declaração da *inexistência* da situação jurídica. Alguns exemplos: ação de usucapião, ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária, ação declaratória de inexistência de união estável, consignação em pagamento etc.

---

20. O CPC acolheu, no particular, doutrina que defendia, há muitos anos, que a ação declaratória poderia ter como objeto a declaração do *modo de ser* de uma relação jurídica: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006, p. 356; ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados". *Leituras complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 33; YARSHELL, Flávio Luiz. "Tutela jurisdicional meramente declaratória". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1994, n. 76, p. 46; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 1.

21. Situação jurídica, que é gênero, e não apenas relação jurídica, que é espécie, como consta do texto legal. Nada impede que se peça a declaração da existência de um direito ou de um dever, que são situações jurídicas. A propósito, Pontes de Miranda: "O que se pode declarar tanto pode concernir à relação jurídica, nascida ou a nascer, de direito, ou de pretensão, ou de ação, como também – a despeito das expressões 'existência' e 'inexistência', que se pensaria afastarem a 'existência dos efeitos' ou 'inexistência dos efeitos' – a eficácia da relação jurídica". (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 140-141.) Em sentido semelhante, ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 91-92; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006, p. 355; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, t. 1, p. 120; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 223; BOMFIM, Daniela Santos. *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, p. 142.

22. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 122.

a) Na ação declaratória *positiva*, o autor afirma a existência de uma situação jurídica, que deve ser especificada, e, concomitantemente, a existência de uma dúvida sobre esta mesma situação jurídica.

A causa de pedir nesta ação meramente declaratória é composta por estes dois elementos.

Há a relação jurídica que se busca declarar e o direito a essa declaração, que é conteúdo da primeira. Toda relação jurídica tem por conteúdo a pretensão ao reconhecimento desta mesma relação jurídica[23] – pretensão esta que pode ser chamada de *direito ao reconhecimento* [24].

O *direito ao reconhecimento* liga-se ao respectivo *dever de reconhecimento*, cujo descumprimento revela-se com a negação ou questionamento da existência da relação jurídica que se busca certificar. Assim, diante da incerteza, surge para o demandante o interesse à efetivação do *direito ao reconhecimento*, que compõe o mérito da ação meramente declaratória. Assim, em uma ação meramente declaratória positiva, o autor afirma a situação jurídica que pretende ver declarada e o direito a essa declaração.

b) Na ação meramente declaratória *negativa*, afirma-se a inexistência de uma situação jurídica e o direito ao reconhecimento desta inexistência. O raciocínio é semelhante ao que feito acima, para a ação meramente declaratória positiva.

Cabe ação meramente declaratória, mesmo se já for possível o ajuizamento de uma ação de prestação: "É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito" (art. 20, CPC).

> Um exemplo histórico. Lembremos o caso Wladimir Herzog, assassinado nos porões da ditadura militar brasileira (1964-1985), em que Clarice Herozog, viúva, foi ao Judiciário, assessorada pelo advogado e processualista Sérgio Bermudes, pedindo apenas o reconhecimento do direito à indenização, sem, porém, pedir a condenação da União ao pagamento desta verba. O que se queria era tornar certa a obrigação de a União indenizar. O Tribunal Federal de Recursos admitiu a ação (TFR, 1ª T., Ap. cív. n. 59.873-SP, rel. Min. Leitão Krieger, j. em 21.06.1983).

No caso da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por se tratar de típica ação declaratória, com finalidade de "afastar a incerteza jurídica e estabelecer

23. "A essencial pretensão de toda relação jurídica é a pretensão à afirmativa da própria existência da relação jurídica." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 1983, t. 5, p. 459.)

24. BOMFIM, Daniela Santos. *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, p. 145. Mais recentemente, da mesma autora, BOMFIM, Daniela. "A causa de pedir nas demandas meramente declaratórias". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 217, p. 147-179.

uma orientação homogênea na matéria",[25] é necessário também que na exposição da causa de pedir o autor indique a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do ato objeto da demanda (art. 14, III, Lei n. 9.868/1999). É o que Gilmar Ferreira Mendes denomina de legitimação para agir *in concreto*,[26] parecendo-nos, contudo, que a incerteza jurídica é muito mais um fator que diz respeito ao interesse de agir – é o que o impulsiona – do que, propriamente, à legitimação para a causa, que ademais é sempre aferível *in concreto*, pouco importa a natureza jurídica da demanda. A controvérsia há de ser séria, a ponto de gerar insegurança jurídica, abalando a presunção de legitimidade de que goza todo ato normativo. Não se admite a mera controvérsia doutrinária, vez que ela, conquanto importante para o desenvolvimento científico, não tem o condão de obstar a aplicação do ato normativo.[27]

Não se admite, ressalvada a ação sobre a autenticidade do documento, *ação meramente declaratória de fato*[28]. Não se permite a demanda ao Poder Judiciário para que ele declare que um fato ocorreu. Permite-se requerer que o Poder Judiciário certifique a situação jurídica que tenha ou não tenha emergido de um fato, mas não se admite pedir a simples declaração da ocorrência ou não de um evento. Por exemplo: não se pode pedir para que o juiz declare o estado de demência de alguém; pede-se que o magistrado, diante da demência, interdite o doente – e é por isso que essa demanda é constitutiva, e não meramente declaratória, porque gera uma situação jurídica nova, que é a incapacidade.

No direito brasileiro, a única ação meramente declaratória de um fato permitida é a que visa à declaração de autenticidade ou falsidade do documento.

Vale frisar que, embora a falsidade possa ser material ou ideológica, se admite a ação declaratória apenas para falsidade material (STJ, 1ª T., RESP 73.560/SP, rel. min. Garcia Vieira, j. em 16.06.1998, publicado no DJ de 24.08.1998, p. 9). É que exorbitaria à ação declaratória a aferição de vício capaz de macular a manifestação de vontade constante do documento [29].

---

25. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 176.
26. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 172.
27. DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. "Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)". *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 373-374. Ainda sobre o tema, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 173. O autor critica a utilização de critério meramente numérico ou quantitativo para aferição da controvérsia judicial. Refere-se, mais especificamente, à decisão do Min. Celso de Mello, para quem é necessário que a situação de divergência jurisprudencial seja caracterizada "pela existência de um volume expressivo de decisões conflitantes" (STF, ADC n. 8/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 04.08.1999, DJ de 12.08.1999).
28. O CPC Português admite, genericamente, a ação meramente declaratória de fato: Art. 4º, n. 2, "a": "2. As acções declarativas podem ser de simples apreciação, de condenação ou constitutivas. Têm por fim: a) As de simples apreciação, obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto;".
29. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A antecipação da tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 105-106.

Nada obstante, admite-se ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários (enunciado 242 da súmula do STJ).

5.4.4. O art. 20 do CPC. Distinção entre ação meramente declaratória e ação de condenatória. O art. 515, I, do CPC

Há uma tendência de conferir executividade à sentença meramente declaratória (aquela que julga procedente uma ação meramente declaratória), quando houvesse o reconhecimento de uma obrigação exigível. Quando a sentença for resultado de uma ação declaratória proposta em momento em que já se poderia propor uma ação de prestação (art. 20, CPC), é muito difícil distingui-la de uma sentença de prestação[30].

O STJ, em 2004, já se posicionara neste sentido: 1ª T, REsp n. 588.202/PR, rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.02.2004, DJ de 25.02.2004.[31]

A Lei n. 11.232/2005 acrescentou ao CPC-1973 o art. 475-N, I, que considerava como titulo executivo judicial a "sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia". Retirou-se a menção que havia à sentença condenatória, *para deixar claro que qualquer sentença que reconhecer a existência de uma obrigação exigível, o que inclui a declaratória, tem eficácia executiva*. Há diversos exemplos de ações meramente declaratórias que geram decisão com força executiva: consignação em pagamento, oferta de alimentos, desapropriação judicial etc. O legislador ratificou isso.

O CPC atual mantém a regra no inciso I do art. 515 do CPC.

De fato, se uma decisão judicial declara a existência de direito a prestação já exercitável, em nada ela se distingue de uma sentença condenatória, em que isso também acontece. A sentença declaratória proferida com base no art. 20, CPC, tem força executiva, independentemente do ajuizamento de outro processo de conhecimento, de natureza "condenatória".[32]

---

30. Sobre as dificuldades de estabelecimento de uma distinção entre a sentença declaratória e a sentença condenatória, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 72-80.

31. Imprescindível a leitura de ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados". *Leituras complementares de processo civil*.3 ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2005, p. 23-36.

32. Em sentido diverso, José Roberto dos Santos Bedaque, comentando o parágrafo único do art. 4º do CPC-1973, que corresponde ao art. 20 atual: "Essa tutela, todavia, não terá o condão de eliminar completamente a crise de direito material. Embora declarado existente o direito, o inadimplemento não poderá ser afastado pela tutela executiva, pois a sentença declaratória não é título. Terá o credor que postular nova tutela cognitiva, de conteúdo condenatório, para obter acesso à via executiva". (*Código de Processo Civil interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 49.)

> "Se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, por sentença, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultado que não um já prefixado representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional".[33]

É sutil a distinção que se deve fazer entre ação declaratória e ação condenatória, mas ela é importante: a) cabe ação meramente declaratória para reconhecer a autenticidade/falsidade de um documento (declaração de fato), o que é incompatível com uma ação condenatória; b) cabe ação meramente declaratória para certificar o modo de ser uma relação jurídica; c) cabe ação meramente declaratória da existência de uma obrigação ainda inexigível (e que, portanto, não poderia ser objeto de uma ação condenatória); d) cabe ação declaratória de constitucionalidade das leis (ADC).

Mais difícil é a distinção uma ação condenatória de uma ação meramente declaratória ajuizada após a lesão, portanto quando já seria possível o ajuizamento de uma ação de prestação (art. 20, CPC).

É razoável afirmar que essa ação meramente declaratória não interrompe a prescrição, pois não houve comportamento do credor (titular da pretensão) que revelasse a sua vontade de buscar a efetivação da prestação. E todos os fatos interruptivos da prescrição (art. 202 do Código Civil) se justificam em um comportamento do credor direcionado ao cumprimento da prestação pelo sujeito passivo. Note que, na ação condenatória (ação de prestação), o demandante anuncia o desejo de efetivar o seu direito após a certificação judicial; isso não acontece na ação meramente declaratória ajuizada após a lesão.[34]

Em resumo: *a)* no caso de ação declaratória preventiva (anterior à lesão) não há que se falar em prescrição, haja vista que não houve violação do direito (art. 189 do Código Civil); *b)* no caso de ação declaratória do art. 20 do CPC, há prescrição, pois já houve lesão, mas a o despacho que ordena a citação não a interrompe, pois não há pretensão à efetivação da prestação devida; *c)* no caso de ação condenatória, que pressupõe a violação, há prescrição e há interrupção da prescrição pelo despacho que ordena a citação. Por conta disso: *a)* as sentenças condenatória e

33. ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados", cit., p. 31-32.

34. Adotando esta solução, com referência expressa a esse entendimento, STF, ACO 812/MT, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 28.09.2011, publicado no DJe de 30.09.2011.

declaratória (art. 20, CPC) têm idêntico conteúdo (certificação do direito subjetivo e da sua exigibilidade) e efeitos (oportunizar o manejo de medidas executivas), mas o prazo prescricional para efetivação da sentença condenatória recomeçaria a correr a partir do trânsito em julgado, enquanto que, no caso da declaratória, por nunca se ter interrompido, conta-se desde a violação; *b)* o prazo para a efetivação da sentença meramente declaratória (art. 20, CPC), como não houve interrupção, contar-se-ia mesmo desde a violação; assim, se, após o trânsito em julgado da decisão, ainda houver prazo, poderia ser efetivada (executada); caso contrário, não.

5.4.5. Ações mandamentais e ações executivas em sentido amplo. As classificações quinária e quaternária das ações

Há quem opte por acrescentar ao rol das ações de conhecimento mais duas espécies: as ações mandamentais e as ações executivas em sentido amplo. Assim, as ações de conhecimento seriam cinco; essa classificação é chamada de *classificação quinaria das ações*, desenvolvida no Brasil por Pontes de Miranda, que contribuiu para uma mudança de pensamento quando lançou mão de outra classificação, que acrescentava às três modalidades já existentes de sentença dois outros tipos[35].

---

35. Para maiores considerações sobre a evolução histórica dessa discussão, com amplas considerações: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1, p. 66; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003; MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004; _____. "As novas sentenças e os poderes do juiz". *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2005; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças", in *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125-142; _____. "Sentença executiva?". *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 51-68; _____. "Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 72-80; _____. "A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil". *Temas de Direito Processual – 7ª série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53-70; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2003, 3 v; _____. "Direito material e processo". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 33, p. 615-635; *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 55-82; _____. "Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15-40; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003; MITIDIERO, Daniel Francisco. "Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – 'ação' processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 129-138; _____. "Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação". *Introdução ao estudo do processo civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 63-114; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e tutela jurisdicional". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 34, p. 665-689; *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83-110; _____. "O problema da eficácia da sentença". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do

Para bem compreender esse pensamento, é preciso partir de algumas premissas.

Primeira, ambas são ações de prestação; relacionam-se aos direitos a uma prestação. Nesse sentido, pertenceriam, juntamente com as ações condenatórias, a um mesmo gênero.

Segunda, a execução de uma prestação, fundada em uma decisão judicial, pode realizar-se em dois ambientes: *a)* ou no bojo do mesmo processo que serviu à formação da decisão judicial (em um processo sincrético); *b)* ou em processo autônomo, instaurado com o propósito exclusivo de proceder à execução. Há execução em ambos os casos; é incorreto falar que só existe execução no processo autônomo de execução. No segundo caso, o processo é para executar; no primeiro, *também* para executar.

Terceira, a classificação de Pontes de Miranda parte das distinções entre o direito material afirmado; ser mandamental, condenatória ou executiva a ação seria uma decorrência do direito material que se afirma em juízo.

Quarta, a execução pode realizar-se por meios *diretos* ou *indiretos.*

A execução forçada pode ocorrer com ou sem a participação do executado. A depender do *tipo* de providência executiva estabelecida pelo magistrado na sua decisão – se ela depende, ou não, da participação do devedor. Fala-se em execução *direta* e *execução indireta.* É a partir dessa distinção que se pode estabelecer uma diferença entre a ação executiva em sentido amplo e a ação mandamental.

Pois bem.

Ação executiva em sentido amplo é aquela pela qual se afirma um direito a uma prestação e se busca a certificação e a efetivação desse mesmo direito, por meio de medidas de coerção direta. Ela está fundada, portanto, na noção de *execução direta* (ou execução *por sub-rogação*), assim entendida aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida e, pois, promove uma substituição da sua conduta pela conduta do próprio Estado-juiz ou de um terceiro. Em outras palavras, na execução direta, as medidas executivas são levadas a efeito mesmo *contra* a vontade do executado; sua vontade é irrelevante. São meios de *sub-rogação* ou *execução direta:* a) *o desapossamento,* que se realiza pela busca e apreensão, muito utilizado para a efetivação de dever de entregar coisa;

Advogado, 2006, p. 41-54. _____. "Direito material, processo e tutela jurisdicional". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-319; ZANETI Jr., Hermes. "A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196; COSTA, Eduardo Fonseca da; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

b) transformação: que ocorre quando uma obrigação de fazer transforma-se em obrigação de pagar quantia, pois o órgão jurisdicional determina que um terceiro proceda ao *facere* a expensas do devedor; *c) expropriação*: meios de conversão de coisa em dinheiro (adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública ou usufruto forçado, todos examinados no volume 5 deste *Curso*).

A *ação mandamental* é aquela pela qual se afirma um direito a uma prestação e se busca a certificação e a efetivação desse mesmo direito, por meio de medidas de coerção *indireta*. Na decisão mandamental, impõe-se uma prestação ao devedor e prevê-se uma medida coercitiva *indireta* que atue na vontade do devedor como forma de compeli-lo a cumprir a ordem judicial. Nestes casos, o Estado-juiz busca promover a execução com a "colaboração" do executado, forçando a que ele próprio cumpra a prestação devida. Em vez de tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, o Estado-juiz força, por meio de coerção psicológica, a que o próprio executado cumpra a prestação. Chama-se essa execução de "execução indireta" ou "execução por coerção indireta", assim entendida aquela em que não há substituição da conduta do devedor. Nesses casos, a vontade do executado é importante; as medidas executivas contam com a participação do executado, sendo eficazes se houver essa participação.

> Este *Curso* parte da premissa de que a *coerção indireta* é, também, *execução*. Não é esse, porém, um entendimento unânime. Há quem entenda que só há *execução* se houver *sub-rogação*. Como as medidas de coerção indireta visam a que o próprio devedor cumpra a prestação (cumprimento forçado, não voluntário), não poderiam ser confundidas com a execução: "...si las medidas coercitivas tienden a obtener el cumplimiento, las mismas no tienen nada que ver com la ejecución, la cual, por definición, no opera a través del cumplimiento" [36-37].

Os meios executivos de coerção *indireta* atuam na vontade do executado, servindo com uma espécie de "estímulo" ao cumprimento da prestação. Esta coerção pode dar-se pelo *medo* (temor), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo *incentivo*, como é o caso das chamadas *sanções premiais*, de que serve de exemplo a isenção de custas e honorários para o réu que cumpra o mandado monitório.

Esta é a orientação deste *Curso*: ação mandamental e ação executiva em sentido amplo se assemelham porque visam à efetivação de uma prestação devida e se distinguem pela técnica executiva utilizada. São elas espécies de ações

36. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971, p. 333. Nesse mesmo sentido, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 5-6; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 229.

37. Sobre a polêmica, ver, por todos, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 30-34.

condenatórias, exatamente a ação pela qual se afirma um direito a uma prestação. Não vemos razão para distinguir as ações de prestação de acordo com a técnica executiva utilizada. Este *Curso* adota, então, a classificação *ternária* das ações de conhecimento.

> Não se pode deixar de citar a crítica feita por Marcelo Lima Guerra à distinção que se faz entre as tutelas mandamental e executiva. Para ele, "tanto a 'execução forçada', ou execução por sub-rogação, como também a 'execução indireta', ou execução por coerção indireta, são técnicas distintas de atuação prática dos direitos, portanto, postas a serviço da mesma modalidade de tutela jurisdicional, a saber a prestação da 'tutela jurisdicional executiva'".[38]

Há quem adote classificação *quaternária*, eliminando a ação condenatória, sob o fundamento de que elas teriam sido abolidas do nosso sistema, em razão das últimas reformas processuais, já que não há mais necessidade de um processo autônomo de execução da sentença. Esse é o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover[39]. Esse pensamento parte da premissa de que as ações condenatórias distinguem-se das outras ações de prestação, por não ser sincrética, não autorizando a efetivação da prestação no mesmo processo em que proferida a sentença. Não parece correto o pensamento: esse critério distintivo não consegue apontar a distinção essencial entre uma e outra ação, que são substancialmente semelhantes, porque se referem a direitos a uma prestação.

Há, finalmente, quem ainda defenda a classificação *quinária*, relacionando as ações de prestação ao tipo de prestação devida: *condenatória* seria a ação de prestação pecuniária, *mandamental* seria a ação de prestação de fazer ou de não fazer e a ação executiva em sentido amplo seria a ação de prestação de dar coisa distinta de dinheiro[40].

De fato, há uma tendência legislativa de conferir à tutela das obrigações de fazer e não-fazer a técnica de execução indireta, pela qual seriam efetivadas por meio de provimentos jurisdicionais que impusessem o cumprimento da prestação, sob pena de multa ou outra medida coercitiva. Essa técnica será a adequada nos

38. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 40.

39. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Cumprimento da sentença". *A nova execução de título judiciais – comentários à Lei n. 11.232/05*. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123.

40. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e tutela jurisdicional". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 34, p. 665-689; *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83-110; _____. "O problema da eficácia da sentença". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41-54. _____. "Direito material, processo e tutela jurisdicional". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-319.

casos de obrigações infungíveis, como as de não-fazer. À tutela das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, inicialmente, reserva-se a execução por sub-rogação, que se dá pelo desapossamento. Normalmente se atribui às obrigações de pagar quantia a técnica da execução por sub-rogação, que se dá pela expropriação de bem do executado e a entrega do produto ao exequente.

Há, no entanto, hipóteses de execução indireta para pagamento de quantia: a) a execução por dívida alimentar, que pode ser sob pena de prisão civil; b) o art. 523, §1º, CPC, em que se comina uma multa de 10% para o caso de descumprimento da sentença que impuser o pagamento de quantia. Do mesmo modo, nada impede que uma prestação de fazer possa realizar-se por meio de coerção *direta*: basta pensar no caso da obrigação de demolir um muro, que pode ser realizada por sub-rogação, com os equipamentos do Poder Judiciário (trator, britadeira etc.). Finalmente, não há qualquer proibição para que uma obrigação de entrega de coisa seja efetivada por meio de uma ordem, com cominação de multa para o caso de o devedor não entregar o objeto da prestação.

Tudo isso nos parece suficiente para *não* adotar a classificação *quinária*, embora vejamos nela a utilidade de destacar a importância da natureza da prestação devida para a definição do meio executivo adequado para a sua respectiva efetivação.

5.5. Ações dúplices

Ação dúplice pode ser compreendida em duas acepções: processual e material.

Em sentido processual, ação dúplice é sinônimo de pedido contraposto: demanda proposta pelo réu em face do autor, no bojo da contestação, nas hipóteses admitidas em lei, como no procedimento sumário e na Lei dos Juizados Especiais. Fala-se, assim, em ação dúplice pelo simples fato de o procedimento permitir que o réu formule demanda contra o autor dentro da sua contestação.

Não é, porém, a acepção mais correta, embora seja bastante utilizada.

Lei processual alguma pode transformar alguma ação em dúplice: trata-se de fenômeno de direito material. Quando a lei autoriza a ampliação do objeto litigioso do processo pelo réu, ou estamos diante de reconvenção ou de pedido contraposto, técnicas legislativas consagradas.

As ações dúplices são as ações (pretensões de direito material) em que a condição dos litigantes é a mesma, não se podendo falar em autor e réu, pois ambos assumem concomitantemente as duas posições. Esta situação decorre da pretensão deduzida em juízo. A discussão judicial propiciará o bem da vida a uma das partes, independentemente de suas posições processuais. A simples defesa do réu implica exercício de pretensão; não formula pedido o réu, pois a sua pretensão já se

encontra inserida no objeto do processo com a formulação do autor.[41] É como uma luta em cabo de guerra: a defesa de uma equipe já é, ao mesmo tempo, também o seu ataque. São exemplos: a) as ações declaratórias; b) as ações divisórias; c) as ações de acertamento, como a prestação de contas e oferta de alimentos.

A relação jurídica deduzida em juízo poderia ter sido posta por qualquer das partes e, com a defesa, o réu já exercita a sua pretensão, sem a necessidade de reconvenção ou pedido contraposto.

6. CUMULAÇÃO DE AÇÕES

O estudo da cumulação de ações divide-se, basicamente, em dois pontos: a) *cumulação subjetiva de ações*: estudo do litisconsórcio; b) *cumulação objetiva*: estudo da cumulação de pedidos. O primeiro será estudado em capítulo dedicado exclusivamente ao assunto; o segundo, no capítulo sobre petição inicial.

7. CONCURSO DE AÇÕES (CONCURSO DE DIREITOS)

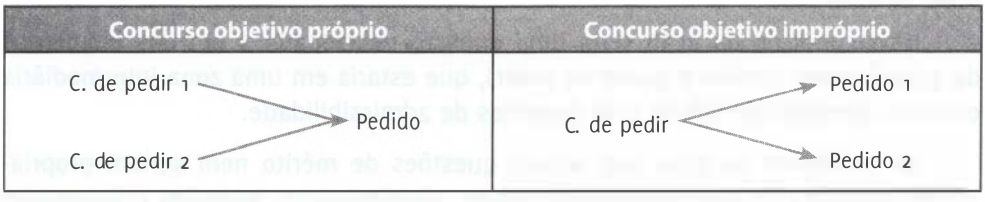
O denominado concurso de ações (*rectius:* direitos ou pretensões) pode dar-se, em seu aspecto objetivo, de duas formas: *a) concurso impróprio:* há mais de uma pretensão concorrente, nascida a partir de um mesmo fato gerador; *b) concurso próprio:* há pluralidade de causas de pedir que autorizam a formulação de mesmo pedido. Em caso de concurso de direitos, somente é possível a satisfação de um dos direitos concorrentes: ou se pleiteia um dos pedidos possíveis (impróprio), ou se traz uma das causas de pedir (próprio). Não se podem cumular direitos concorrentes, pois é impossível o acolhimento simultâneo de todos eles (art. 330, §1º, IV, CPC).

> São exemplos de concurso de direitos: *a) vício redibitório:* dá o direito ao abatimento do preço (*quanti minoris*) ou à resolução do negócio (ação redibitória) – arts. 441-442, Código Civil; *b)* invalidade do contrato por simulação ou por fraude; *c)* pedido de complementação de área na venda *ad mensuram*, ou, subsidiariamente, a redução do preço ou extinção do contrato (art. 500, Código Civil); *d)* pedido de nulidade do contrato ou, subsidiariamente, redução do valor da dívida; *e)* nulidade de casamento ou, sucessivamente, divórcio;[42] *f)* quem possui uma cambial é credor do emitente seja da obrigação abstrata que surge

41. DEMARCHI, Juliana. "Ação dúplice, pedido contraposto e reconvenção". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2000, n. 17, p. 532. "Do prisma material, é dúplice a ação, provocando *iudicium duplex*, na qual a contestação do réu já basta à obtenção do bem da vida. Em geral, o autor pede e o réu somente impede; na *actio duplex*, o ato de impedir (contestação) já expressa um pedido contrário. Tal característica deriva do direito material posto em causa (*rectius:* mérito, pretensão processual ou objeto litigioso)." (Araken de Assis, *Procedimento Sumário*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996, p. 93). Excelente resenha do assunto em MOUZALAS, Rinaldo. "Duplicidade da ação declaratória". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 237, p. 115-138.

42. Alguns exemplos retirados do rol de Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 258.

do negócio cambial, seja da obrigação causal que surge da relação fundamental; *g)* o credor de uma coisa determinada pode também ser seu proprietário, como nos casos de comodato, locação etc.; nestes casos, pode pretender a coisa como proprietário ou como credor;[43] *h)* passageiro que sofre lesões no transporte ferroviário: tem direito à indenização por força da culpa do preposto ou da responsabilidade objetiva da empresa ferroviária;[44] *i)* vítima de acidente de trânsito, que tanto tem direito ao valor do seguro obrigatório como também a uma indenização do causador do acidente, devendo, entretanto, o valor daquele ser abatido desta.[45]



A cumulação imprópria de pedidos (art. 326 do CPC) é muito útil nas situações em que exista concurso objetivo de ações. O autor pode formular as diversas pretensões concorrentes, para a hipótese de uma delas não ser acolhida[46].

Também se cogita o concurso *subjetivo* de ações. Isso ocorre nas hipóteses de colegitimação ativa, em que um mesmo pedido, fundado em uma mesma causa de pedir, pode ser formulado por pessoas diversas. Trata-se dos clássicos casos de litisconsórcio facultativo unitário, que normalmente se revela no polo ativo. Frise-se que o concurso, aqui, é o da legitimação para a postulação do mesmo direito – diferente do concurso objetivo, em que há vários direitos concorrentes. O concurso subjetivo decorre de "situações jurídicas substanciais plurissubjetivas".[47] Exemplo marcante é o da ação de impugnação de decisão societária: cada um dos sócios pode propor a demanda isoladamente.

43. Os dois últimos são exemplos citados por Liebman, "Ações concorrentes", *in Eficácia e Autoridade da sentença*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 22-223.
44. Exemplo de concurso objetivo próprio de Cândido Dinamarco. "Electa una via non datur regressus ad alteram". *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. 2, p. 915.
45. Enunciado n. 246 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: "O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada". A necessidade de dedução revela a existência de direitos concorrentes. Às vezes, o valor do seguro não corresponde ao valor dos danos, podendo a vítima pleitear em face do responsável pelo acidente a complementação da indenização. Permanece a regra: o direito concorrente só se extingue com a total satisfação do direito que com ele concorre.
46. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Quanti minoris". *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 211.
47. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações concorrentes – Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato, in LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 239.

Enquanto a cumulação imprópria serve como forma de solução do concurso objetivo de pretensões, o concurso subjetivo resolve-se pelo litisconsórcio. No caso, conforme dito, o litisconsórcio será facultativo e unitário. Sobre as espécies de litisconsórcio, ver capítulo inteiramente dedicado ao tema, neste volume do *Curso*.

8. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O NOVO CPC

"Condição da ação" é uma categoria criada pela Teoria Geral do Processo, com o propósito de identificar uma determinada espécie de questão submetida à cognição judicial.

Uma condição da ação seria uma questão relacionada a um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), que estaria em uma zona intermediária entre as questões de mérito e as questões de admissibilidade.

As condições da ação não seriam questões de mérito nem seriam propriamente questões de admissibilidade; seriam, simplesmente, questões relacionadas à ação. Constituir-se-iam, na lição de Adroaldo Furtado Fabrício, em um círculo concêntrico intermediário entre o externo, correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do mérito da causa.[48]

Essa categoria, desenvolvida a partir das lições de autores italianos, principalmente Enrico Tullio Liebman, foi amplamente aceita pela doutrina brasileira. Pode-se dizer mais: trata-se de noção amplamente difundida no discurso jurídico brasileiro em geral.

O CPC-1973 consagrou essa categoria. O inciso VI do seu art. 267 autorizava que o processo fosse extinto, sem resolução de mérito, quando "não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual". No inciso X do art. 301, o CPC-1973 mencionava a *carência de ação* como matéria de defesa do réu – *carência de ação* é a falta de alguma das condições da ação. Eram os únicos textos normativos do CPC-1973 que se valiam desta categoria conceitual. Perceba que, no art. 3º do CPC-1973, que se encontrava no capítulo "Da ação", o legislador não mencionava o termo "condição da ação", embora se referisse ao interesse e à legitimidade[49].

Muito embora adotada expressamente pelo CPC-1973, nem por isso deixou de ser alvo de severas críticas[50].

---

48. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios sobre direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 379.
49. Art. 3º do CPC-1973: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".
50. As críticas são bastante conhecidas. Sobre o tema, permita-se remeter o leitor para DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

A principal objeção a essa categoria tinha fundo lógico: se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. A doutrina alemã, por exemplo, divide as questões em admissibilidade e mérito, simplesmente[51]. Cândido Dinamarco, por exemplo, um dos principais autores brasileiros a adotar a categoria "condição da ação", já defende a transformação deste trinômio em um binômio de questões: admissibilidade e mérito[52].

Cabe, ainda, um esclarecimento.

Ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito "condição da ação" que seria eliminado. *Aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente.* O órgão julgador ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação *ad causam* ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária).

As críticas doutrinárias tiveram algum êxito, portanto, na missão de proscrever esse conceito jurídico processual do repertório teórico do pensamento jurídico brasileiro.

O CPC atual não mais menciona a *categoria* condição da ação[53].

O inciso VI do art. 485 do CPC autoriza a extinção do processo sem resolução do mérito pela ausência de "legitimidade ou de interesse processual".

Há duas grandes diferenças em relação ao CPC-1973. O silêncio do CPC atual é bastante eloquente.

Primeiramente, não há mais menção "à possibilidade jurídica do pedido" como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo. Observe que não há mais menção a ela como hipótese de inépcia da petição inicial (art. 330, §1º, CPC)[54]; também não há menção a ela no inciso VI do art. 485 do CPC, que ape-

---

51. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEA, 1955, t. 2, p. 44-50; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre pressupostos processuais". *Temas de direito processual – 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83-84; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 352, nota 140.
52. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 128; *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, n. 727, p. 616-618.
53. O Código de Processo Penal ainda faz referência a ela: "Art. 395 A denúncia ou queixa será rejeitada, quando: (...) II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal".
54. O CPC-1973 previa a "impossibilidade jurídica do pedido" como causa de inépcia da petição inicial e, por isso, de extinção do processo sem resolução do mérito, no inciso III do parágrafo único do art. 295, dispositivo não reproduzido pelo CPC atual.

nas se refere à legitimidade e ao interesse de agir[55]; além disso, criam-se várias hipóteses de improcedência liminar do pedido, que poderiam ser consideradas, tranquilamente, como casos de impossibilidade jurídica de o pedido ser atendido[56].

A segunda alteração silenciosa é a mais importante.

O texto normativo atual não se vale da expressão "condição da ação". Apenas se determina que, reconhecida a ilegitimidade ou a falta de interesse, o órgão jurisdicional deve proferir decisão de inadmissibilidade. Retira-se a menção expressa à categoria "condição da ação" do único texto normativo do CPC que a previa e que, por isso, justificava a permanência de estudos doutrinários ao seu respeito.

Também não há mais uso da expressão *carência de ação.*

Não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito "condição da ação"[57].

A legitimidade ad causam e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais.

A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.

A mudança não é insignificante.

Sepulta-se um conceito que, embora prenhe de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registro e aplausos.

---

55. O CPC-1973 previa a "possibilidade jurídica do pedido" como condição da ação no inciso VI do art. 267, trecho não reproduzido pelo CPC atual.

56. As críticas à possibilidade jurídica do pedido como condição da ação são bastante conhecidas, há muito tempo: PASSOS, José Joaquim Calmon. "Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido". Revista de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Saraiva, v. 4, p. 61-2, 1964; DIDIER Jr., Fredie. "Possibilidade Jurídica do Pedido: um novo enfoque do problema - pela proscrição". Gênesis. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 449-463, 1999.

57. Defendemos isso desde a época da tramitação do projeto de lei do novo CPC: DIDIER Jr., Fredie. *"Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil". Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2011, v. 197, p. 255-260. Aderiu ao nosso pensamento, CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, agosto 2011, v. 198, p. 227-235. Em sentido diverso, pela preservação da categoria, CÂMARA, Alexandre Freitas. "Será o fim da categoria 'condição da ação'? Uma resposta a Fredie Didier Junior". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, julho 2011, v. 197, p. 261-269; ALVES, Gabriela Pellegrina; AZEVEDO, Júlio de Camargo. "Condições da ação e novo Código de Processo Civil". *Revista Eletrônica de Direito Processual.* Rio de Janeiro, 2014, n. 14, p. 188 (www.redp.com.br); GALIO, Morgana Henicka. "Condições da ação, direitos fundamentais e o CPC projetado". *Revista Eletrônica de Direito Processual.* Rio de Janeiro, 2014, n. 14, p. 464-465 (www.redp.com.br).

É certo que o CPC atual poderia avançar ainda mais, para reconhecer que a falta de *legitimação ordinária* gera, em verdade, improcedência do pedido, e não juízo de inadmissibilidade do procedimento. Mas este não é o momento para enfrentar esse tema – será examinado no capítulo sobre pressupostos processuais, *local adequado, agora, para a análise sobre a legitimidade ad causam*.

Enfim:

a) o assunto "condição da ação" desaparece, tendo em vista a inexistência da única razão que o justificava: a consagração em texto legislativo dessa controvertida categoria;

b) a ausência de "possibilidade jurídica do pedido" passa a ser examinada como de *improcedência liminar do pedido*, no capítulo respectivo;

c) legitimidade *ad causam* e interesse de agir passam a ser estudados no capítulo sobre os pressupostos processuais.

É certo que o CPC atual poderia avançar ainda mais, para reconhecer que a falta de legitimação ordinária gera, em verdade, improcedência do pedido, e não juízo de inadmissibilidade do procedimento. Mas este não é o momento para enfrentar esse tema – será examinado no capítulo sobre pressupostos processuais, local adequado, agora, para a análise sobre a legitimidade ad causam.

c)

a) o assunto "condição da ação" desaparece, tendo em vista a inexistência da única razão que o justificava: a consagração em texto legislativo dessa controvertida categoria;

b) a ausência de "possibilidade jurídica do pedido" passa a ser examinada como de improcedência liminar do pedido, no capítulo respectivo;

c) legitimidade ad causam e interesse de agir passam a ser estudados [illegible] sobre os pressupostos processuais.

CAPÍTULO 7

Pressupostos processuais

Sumário • 1. Pressuposto processual: noções gerais – 2. Pressupostos de existência e requisitos de validade – 3. Alguns "mitos" sobre os pressupostos processuais – 4. A classificação proposta – 5. Pressupostos processuais subjetivos: 5.1. Capacidade de ser parte; 5.2. Existência de órgão investido de jurisdição; 5.3. Pressuposto processual objetivo: a existência de ato inicial do procedimento que introduza o objeto da decisão – 6. Requisitos processuais subjetivos de validade: 6.1. Capacidade processual; 6.1.1. Generalidades; 6.1.2. Possíveis consequências da incapacidade processual; 6.2. Capacidade processual das pessoas casadas: 6.2.1. Consideração introdutória; 6.2.2. Capacidade processual dos cônjuges nas ações reais imobiliárias: 6.2.2.1. O art. 1.647 do Código Civil; 6.2.2.2. A restrição da capacidade processual; 6.2.2.3. Forma e prova do consentimento; 6.2.2.4. Aplicação à união estável documentada; 6.2.2.5. O controle da ilegitimidade processual do cônjuge; 6.2.2.6. Suprimento judicial do consentimento (art. 74 do CPC e art. 1.648 do Código Civil); 6.2.3. Dívidas solidárias e litisconsórcio necessário entre os cônjuges (incisos II e III do § 1º do art. 73 do CPC); 6.3. O curador especial; 6.4. Capacidade postulatória: 6.4.1. Generalidades; 6.4.2. Ato praticado por advogado sem procuração; 6.4.3. A procuração; 6.5. Competência; 6.6. Imparcialidade – 7. Requisito processual objetivo intrínseco: respeito ao formalismo processual – 8. Requisitos processuais objetivos extrínsecos e negativos – 9. A legitimação para agir e o interesse processual: 9.1. Observação introdutória; 9.2. O art. 17 do CPC; 9.3. Legitimação para agir: 9.3.1. Noção; 9.3.2. Classificação; 9.3.3. Substituição processual ou legitimação extraordinária; 9.3.4. Fonte normativa da legitimação extraordinária: 9.3.4.1. Generalidades; 9.3.4.2. A legitimação extraordinária negocial; 9.3.5. Substituição processual e sucessão processual; 9.3.6. Substituição processual e representação processual; 9.3.7. Legitimidade ordinária como questão de mérito; 9.4. O interesse de agir: 9.4.1. Generalidades; 9.4.2. O interesse-utilidade; 9.4.3. O interesse-necessidade e as ações necessárias; 9.4.4. Interesse de agir nas ações declaratórias; 9.4.5. O denominado interesse-adequação; 9.5. A teoria da asserção: exame da legitimidade e do interesse de agir à luz do que foi afirmado pela parte – 10. As diversas posições jurídicas que um sujeito pode assumir em um mesmo processo: a dinamicidade das capacidades processuais, do interesse processual e da legitimidade.

1. PRESSUPOSTO PROCESSUAL: NOÇÕES GERAIS

O desenvolvimento teórico da categoria "pressupostos processuais" deve-se a Oskar Bülow[1] e tem origem na identificação do processo como conjunto de relações jurídicas distintas daquela que constitui o seu objeto.

Assim como o reconhecimento da relação jurídica deduzida (a cujo respeito discutem os litigantes)[2] pressupõe a verificação de certos fatos, "também o surgimento da relação jurídica processual, analogamente, depende da presença de determinados elementos, que condicionam, em termos globais, a existência. Tais seriam os pressupostos processuais".[3]

1. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 04-09.
2. Os "pressupostos processuais" devem ser observados, também e obviamente, nos procedimentos de jurisdição voluntária. (GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44-45).
3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre pressupostos processuais". *Temas de direito processual civil – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 84.

A expressão não é do agrado de todos, mas, de um modo geral, tem sido utilizada pela doutrina brasileira.

No entanto, convém uma advertência. Colocam-se sob essa rubrica tantas e tão diversas figuras, com tantos e tão diversos efeitos, que há quem critique, severamente, a existência dessa categoria de pensamento. De fato, "quando se diz, porém, que determinado requisito é um pressuposto processual, a rigor é pouquíssimo o que se fica sabendo a seu respeito. Que se cuida de matéria referente ao processo, a ser apreciada preliminarmente ao mérito – e só. (...) É cômodo, sem dúvida, falar de 'pressupostos processuais', nos esquemas didáticos; e não apresenta maior inconveniente, desde que se tome o cuidado de pôr os pingos nos is".[4]

Pressupostos processuais são todos os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do procedimento, que é *ato-complexo de formação sucessiva*, conforme vimos no capítulo introdutório deste volume do *Curso*.

Há pressupostos do procedimento principal, do procedimento incidental e do procedimento recursal. Normalmente, a doutrina costuma referir aos pressupostos de existência e aos requisitos de validade, não tratando dos fatores de eficácia. Os limites deste trabalho não permitem que se vá muito além disso.

Por isso, examinemos os pressupostos de existência e os requisitos de validade.

2. PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA E REQUISITOS DE VALIDADE

Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade.

A terminologia merece uma correção técnica. Pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade, como já foi visto no primeiro capítulo. Assim, é mais técnico falar em requisitos de validade, em vez de "pressupostos de validade".

"Pressupostos processuais" é denominação que se deveria reservar apenas aos pressupostos de existência.[5] Sucede que "pressupostos processuais" é expressão consagrada na doutrina, na lei (vide o inciso IV do art. 485 do CPC) e na jurisprudência.

4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre pressupostos processuais". *Temas de direito processual civil – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 93.

5. Segue-se, assim, a terminologia adotada por José Orlando Rocha de Carvalho, em primoroso trabalho, que é leitura obrigatória sobre o tema: *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

É possível, assim, falar em "pressupostos processuais" *lato sensu*, como locução que engloba tanto os requisitos de validade como os pressupostos processuais *stricto sensu* (somente aqueles concernentes à existência do processo). A utilização da expressão "pressupostos processuais" (entre aspas) indica referência aos pressupostos processuais amplamente considerados.

O processo é um feixe de relações jurídicas, do ponto de vista da eficácia, e um procedimento, do ponto de vista da existência. Como em toda relação jurídica, impõe-se a coexistência de elementos subjetivos (sujeitos) e objetivos (fato jurídico e objeto).

Os sujeitos principais do processo são as partes (autor e réu) e o Estado-juiz. Para que o processo exista, basta que alguém postule perante um órgão que esteja investido de jurisdição: a existência de um autor (sujeito que pratique o ato inaugural, que tenha personalidade judiciária) e de um órgão investido de jurisdição completa o elemento subjetivo do processo. O processo existe sem réu; para ele, porém, só terá eficácia, somente poderá produzir alguma consequência jurídica, se for validamente citado (art. 312 do CPC).

Os elementos objetivos de uma relação jurídica são o fato jurídico e o objeto. O fato jurídico que instaura a relação jurídica processual é o ato inaugural (ato postulatório que introduz o *objeto litigioso* do processo) de alguém com personalidade judiciária perante órgão investido de jurisdição, conforme prevê o art. 312 do CPC. O objeto litigioso do processo é o objeto da prestação jurisdicional solicitada nesse ato, normalmente designado de demanda. Preenchidos esses elementos, o processo existe.

É possível que, embora exista processo, a um determinado ato processual falte um pressuposto de existência jurídica, como ocorre com a sentença proferida por não-juiz ou uma que não possua decisão. Nesses casos, o processo existe, mas o ato (sentença) é que não preencheu os elementos mínimos do seu suporte fático, o que impede a sua existência jurídica. *Pode-se falar, portanto, em pressupostos de existência de cada um dos atos jurídicos processuais que compõem o procedimento, independentemente da existência da relação jurídica processual.*

Existente o processo, é possível discutir sobre a admissibilidade (validade) de *todo* o procedimento (ato jurídico complexo) ou, especificadamente, de *cada um* dos atos jurídicos que nele são praticados. Não se pode, porém, discutir a validade da relação jurídica processual: relação jurídica é efeito de fato jurídico, ou existe ou não existe; apenas os atos jurídicos podem ser inválidos, conforme já se disse – pode-se, no entanto, questionar a validade do procedimento, que é um ato jurídico complexo de formação sucessiva.

Surgem, então, os requisitos de validade do processo. Como todo ato jurídico, o procedimento também tem os seus requisitos de validade: a forma do ato deve

ser respeitada bem como os sujeitos (juiz e partes) hão de ser capazes.[6] O desatendimento dos requisitos de validade de um ato jurídico processual isolado não inviabiliza, a princípio, todo o procedimento; pode dar azo apenas à decretação de nulidade do ato jurídico processual defeituoso.

Na verdade, quando se diz "processo inválido", está-se diante de uma consequência (invalidade) que decorre de um defeito no fato jurídico que lhe deu causa ou de um fato superveniente que diga respeito aos elementos daquele ato originário – e que impeça o prosseguimento do processo para a solução do objeto litigioso.

O ato jurídico inicial pode ser válido e, ainda assim, ser decretada a inadmissibilidade do procedimento. É que, conforme visto, a validade de um ato-complexo pode ser investigada durante toda a execução desse ato, que é composto por vários atos. Mas somente comprometerão o procedimento, e por isso podem ser considerados requisitos processuais, *os fatos que digam respeito à demanda originária: relacionados ao autor, ao juízo ou ao objeto litigioso.*

Nem todo ato processual defeituoso pode redundar em um juízo de inadmissibilidade do processo: é preciso que o defeito deste ato impeça que o *objeto litigioso* seja apreciado – e isso só acontece quando o ato processual está dentro da cadeia de atos do procedimento principal, estruturado para dar resposta ao quanto foi demandado. Se não comprometer a apreciação do mérito do procedimento principal, não poderá ser considerado requisito de validade do processo: ou será um requisito de validade do ato processual isoladamente considerado, ou será requisito de admissibilidade de um procedimento incidental ou recursal.

Um exemplo talvez seja esclarecedor. A competência é requisito de validade do processo ("pressuposto processual" de validade). A competência para a reconvenção, procedimento incidental, não é "pressuposto processual" de validade, embora seja um requisito de admissibilidade do incidente do processo: a incompetência do juízo para apreciar a reconvenção não impede que ele aprecie a demanda principal.

3. ALGUNS "MITOS" SOBRE OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Há, ainda, cinco "mitos" sobre os pressupostos processuais que devem ser combatidos.

1) Nem toda falta de pressuposto processual leva ao juízo de admissibilidade do processo. Basta pensar na incompetência, cujo reconhecimento leva à remessa dos autos ao juízo competente, e no impedimento ou suspeição, cujo reconhecimento leva à remessa dos autos ao juiz substituto (art. 146, §5º, CPC).

6. No que se refere ao juiz, fala-se de competência, em vez de capacidade.

2) Nem toda falta de pressuposto processual pode ser conhecida de ofício. Basta pensar na incompetência relativa (art. 64, §1º; art. 337, §5º, CPC), na existência de convenção de arbitragem (art. 337, §5º, CPC) e na falta de autorização do cônjuge para a propositura da ação real imobiliária (art. 1.650, Código Civil).

3) Nem toda falta de pressuposto processual pode ser conhecida a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Basta pensar na alegação de convenção de arbitragem e na alegação de falta de citação; se o réu contestar e não as alegar, há preclusão.

4) Nem toda falta de pressuposto processual é defeito que não pode ser corrigido. Ao contrário, a regra é a de que se deve aplicar, ao exame dos pressupostos processuais, o sistema de invalidades do CPC, segundo o qual se deve buscar, sempre, a correção do defeito processual, mesmo que se trate da falta de um pressuposto processual. Remetemos o leitor aos capítulos sobre as normas fundamentais do processo civil (princípio da primazia da decisão de mérito) e invalidades processuais.

5) Nem toda falta de um pressuposto processual impede a decisão de mérito. O art. 488 do CPC é claro ao determinar que, mesmo havendo um defeito no processo, o juiz não deve levá-lo em consideração, se a causa puder ser julgada no mérito em favor daquele que se beneficiaria com a decisão de inadmissibilidade. Assim, se a petição for inepta em razão da existência de um *pedido indeterminado* (art. 330, §1º, II, CPC), mas a demanda puder ser julgada improcedente, o juiz deve ignorar o defeito e julgar o mérito.

4. A CLASSIFICAÇÃO PROPOSTA

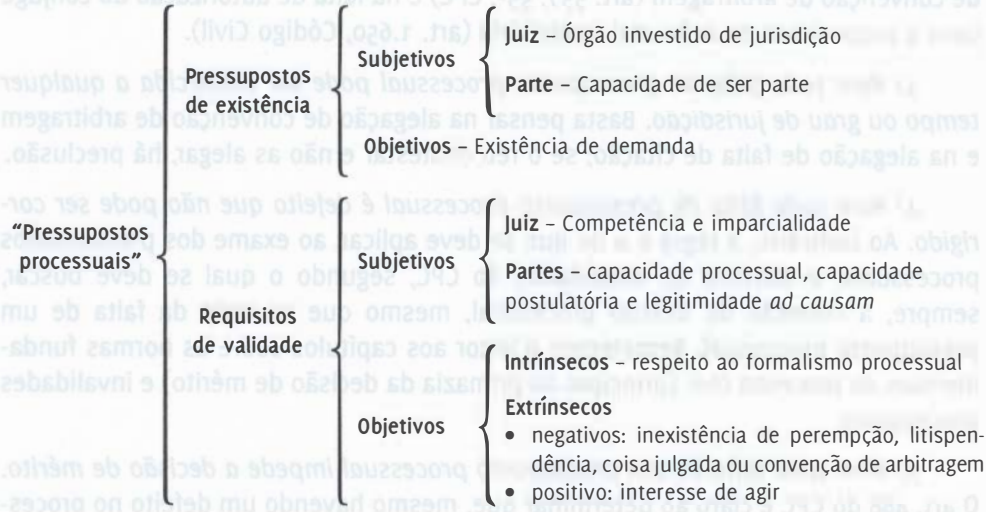
Existem inúmeras classificações dos "pressupostos processuais", algumas bastante conhecidas, como a de Galeno de Lacerda.[7] Todas elas têm o objetivo de facilitar a visualização das diversas figuras encartáveis sob esta rubrica. Toma-se a classificação de José Orlando Rocha de Carvalho como *base*,[8] não apenas por ser a mais coerente, mas porque se reputa o trabalho que mais bem identificou as diversas nuances da questão.

Sucede que, a partir do Código de Processo Civil de 2015, houve a necessidade de serem feitos alguns ajustes nesta sistematização.

Não há maiores inconvenientes em seguir esta ou aquela classificação: isto é o que menos importa. O operador deve atentar, no entanto, para as consequências advindas do desrespeito a este ou aquele "pressuposto": se invalidade ou

7. *Despacho saneador.* Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 60 e segs.
8. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

inexistência; se afeta todo o procedimento ou apenas um(ns) ato(s) isolado(s). Feita a advertência, eis a classificação proposta, com algumas adaptações.



5. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS SUBJETIVOS

5.1. Capacidade de ser parte

A capacidade de ser parte é a personalidade judiciária: aptidão para, em tese, ser sujeito de uma relação jurídica processual (processo)[9] ou assumir uma situação jurídica processual (autor, réu, assistente etc.).[10]

Dela são dotados todos aqueles que tenham personalidade civil – ou seja, aqueles que podem ser sujeitos de uma relação jurídica material, como as pessoas naturais e as jurídicas –, como também o nascituro, o condomínio, o *nondum conceptus*,[11] a sociedade de fato,[12] sociedade não-personificada e sociedade irregular[13] – as três figuras estão reunidas sob a rubrica sociedade em comum, art. 986

9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 222; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, t. II, p. 230.
10. MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 26.
11. Art. 1.799, I, do Código Civil. Ver, sobre a capacidade de ser parte do *nondum conceptus*, MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 27.
12. Esta noção abrangente admite a capacidade de ser parte a centros acadêmicos ou grêmios estudantis não inscritos no Cartório de Pessoas Jurídicas, além de aos movimentos sociais organizados como o MST (Movimento dos Sem-Terra).
13. "A distinção entre sociedade irregular e sociedade não personificada consiste em que essa é uma sociedade regularmente constituída, mas ainda não inscrita no registro de pessoas jurídicas, enquanto aquela é sociedade em que seu ato constitutivo não pode ser registrado por vício insanável. Difere ainda da chamada

do Código Civil –, os entes formais (como o espólio, massa falida, herança jacente etc.), as comunidades indígenas ou grupos tribais[14] e os órgãos públicos (Ministério Público, PROCON, Tribunal de Contas etc.).[15]

A capacidade de ser parte decorre da garantia da inasfastabilidade do Poder Judiciário, prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF/88.

Trata-se de noção absoluta: não há alguém que tenha meia capacidade de ser parte; ou se tem ou não se tem personalidade judiciária.

> A incapacidade de ser parte pode ser arguida a qualquer tempo, pois "enquanto não cessa a aparente relação jurídica processual em que figurou o morto, ou o nunca existido, ou a sociedade inexistente, é possível pedir-se a extinção do processo"[16].

Não se exige, para que o processo exista, a capacidade de ser parte do réu. Nem mesmo a existência de réu identificado na petição inicial pode ser considerada um pressuposto de existência do processo.

Primeiro, porque há processo sem réu, como ocorre em diversas hipóteses de jurisdição voluntária (pedido de alteração de nome, por exemplo).

Segundo, porque o processo nasce com a demanda, e não com a presença do réu em juízo.

Terceiro, porque caso o autor proponha demanda sem indicar o réu, o magistrado o intimará para regularizar a petição inicial e, depois, se não o fizer, extinguirá o processo por defeito do instrumento da demanda.

A existência do réu é fundamental para a eficácia do processo em face dele, não para a existência dessa mesma relação jurídica. Diante da inexistência de réu, deve o magistrado, sem análise do mérito, extinguir o processo, que já existe, por falta de requisito processual de validade, que é a formulação correta da demanda. A existência do réu é fundamental para a eficácia da sentença contra ele proferida: se o réu já estava morto, e não foi providenciada a sucessão, a sentença será ineficaz para os sucessores. A existência de réu é também fundamental para a existência

---

sociedade de fato, uma vez que essa se caracteriza por não ter natureza jurídica, mas, por ser grupo de pessoas que, embora desenvolvam atividade com objetivo comum, não têm intenção de sociedade". (MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 26.)

14. Art. 37 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio): "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".

15. Por isso, é correto afirmar que há um número maior daqueles que podem ser parte do que daqueles que são pessoas. O conjunto daqueles que podem ser parte contém o conjunto daqueles que têm personalidade jurídica de direito material (são pessoas: física ou jurídica).

16. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 238.

do ato processual citação, que o tem como elemento de existência: é pressuposto de existência do ato citação. Se o réu falece após a sua citação, é caso de proceder à sucessão processual, na forma do art. 110 do CPC. Tudo o que foi dito aplica-se à extinção de pessoa jurídica, que equivale à sua morte.

5.2. Existência de órgão investido de jurisdição

A investidura na função jurisdicional é pressuposto de existência do processo e dos atos jurídicos processuais do juiz (decisões, despachos, colheita de provas etc.).

Considerar-se-á inexistente o processo se a demanda for ajuizada perante não-juiz e decisão prolatada por não-juiz é uma não-decisão, é apenas um simulacro a que não se pode emprestar qualquer eficácia jurídica. São exemplos de não-juízes: aquele que não foi investido de jurisdição pela posse no cargo, em virtude de nomeação ou concurso; aquele que, embora tenha prestado concurso ou tenha sido nomeado, ainda não tomou posse; o magistrado aposentado ou em disponibilidade; aquele que não foi designado como árbitro pela convenção de arbitragem.

Cumpre lembrar que, conforme visto no capítulo sobre competência, para alguns autores a "incompetência constitucional" implica inexistência de jurisdição e, portanto, a decisão porventura prolatada seria *a non judice* (uma não-sentença, pois).

5.3. Pressuposto processual objetivo: a existência de ato inicial do procedimento que introduza o objeto da decisão

O terceiro pressuposto processual é a existência de demanda, que nesse caso deve ser compreendida como continente (o ato de pedir) e não como conteúdo (aquilo que se pede).

O ato de pedir é necessário para a instauração do processo – é o seu *fato jurídico*. Ao dirigir-se ao Poder Judiciário, o autor dá origem ao processo (art. 312 do CPC); a sua demanda delimita a prestação jurisdicional, que tem o pedido e a causa de pedir como os elementos do seu objeto litigioso. Se o ato inicial não trouxer pedido (art. 330, I, c/c §1º, I, do CPC), o caso é de extinção do processo por inadmissibilidade do procedimento, em razão de defeito do ato inicial.

6. REQUISITOS PROCESSUAIS SUBJETIVOS DE VALIDADE

6.1. Capacidade processual

6.1.1. Generalidades

A capacidade processual é a aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência ou representação (pais, tutor, curador etc.), pessoalmente,

ou por pessoas indicadas pela lei, tais como o síndico, administrador judicial, inventariante etc. (art. 75 do CPC).[17] "A capacidade processual ou de estar em juízo diz respeito à prática e a recepção eficazes de atos processuais, a começar pela petição e a citação, isto é, ao pedir e ao ser citado"[18].

A capacidade processual pressupõe a capacidade de ser parte. É possível ter capacidade de ser parte e não ter capacidade processual; a recíproca, porém, não é verdadeira.

Há uma estreita relação entre a capacidade processual e a capacidade material (capacidade de exercício), conforme demonstra a regra do art. 70 do CPC. No entanto, são capacidades autônomas e distintas[19]. O *sujeito pode ser processualmente capaz e materialmente incapaz ou processualmente incapaz e materialmente capaz.*

Há incapacidade puramente processual, como nos casos do inciso II do art. 72 do CPC, que impõem a nomeação de curador especial. Isso também ocorre nos casos das restrições à capacidade processual das pessoas casadas, examinadas mais à frente.

Nada impede, também, que a lei crie situações de incapacidade material e capacidade processual plena, como aquela que há até bem pouco tempo ocorria no âmbito dos Juizados Especiais: conferia-se capacidade processual plena ao maior de dezoito anos, que, até janeiro de 2003, início da vigência do Código Civil de 2002, era relativamente incapaz. O incapaz sem representante, por exemplo, tem capacidade processual para pedir a designação de um curador especial que o represente (art. 72, I, do CPC); o interdito tem capacidade processual para pedir o levantamento da interdição (art. 756, §1º, CPC)[20]. Do mesmo modo, um cidadão-eleitor com dezesseis anos, embora relativamente incapaz no âmbito civil, tem plena capacidade processual para o ajuizamento de uma ação popular.

As pessoas jurídicas precisam estar regularmente "presentadas" em juízo (art. 75 do CPC); não se trata de representação, razão pela qual é "grave equívoco a afirmação de que as pessoas jurídicas seriam processualmente incapazes".[21] Os casos

17. MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 31.
18. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 238. Ver, também, ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, t. II, p. 241.
19. Percebeu o ponto, fazendo referência a situações peculiares do direito italiano, PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4ª ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 303.
20. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, t. XVI, p. 299 e 325.
21. MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 31. Também assim, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 239.

do art. 75 do CPC indicam tanto hipóteses de representação (V, VI, VII, IX e XI) como de presentação (I, II, III, IV, VI, VIII, X).

> "Observe-se que, na comparência da parte por um órgão, não se trata de *representação*, mas de *presentação*. O órgão presenta a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não de representante. (...) De modo que há a presentação (de direito material) e a representação processual, necessariamente sem atuação em causa própria: o órgão presenta, materialmente; e, processualmente, também presenta.
>
> As pessoas jurídicas... precisam ter órgãos, tanto quanto as pessoas físicas precisam ter boca, ou, se não podem falar, mãos, ou outro órgão, pelo qual exprimam o pensamento ou o sentimento. O órgão da pessoa física – a boca, por exemplo – fá-la presente a uma reunião, na praça pública, no teatro, no tabelionato, ou no juízo. A presença pode bem ser com a simples assinatura, se a pessoa física não pode ou não quer falar... Os diretores das pessoas jurídicas que assinam a declaração unilateral de vontade, ou a declaração bilateral ou multilateral de vontade, não estão a praticar ato seu, pelo qual representem a pessoa jurídica. Estão a presentá-las, a fazê-las presentes".[22]

A representação do espólio é feita pelo inventariante (inciso VI do art. 75). Quando o inventariante for *dativo* (art. 617, VIII, CPC), "os sucessores do falecido serão intimados no processo no qual o espólio seja parte" (§ 1º do art. 75 do CPC). A ressalva merece uma explicação: nos casos de inventariante dativo, os herdeiros são intimados para poder acompanhar o andamento do processo e, assim, poder fiscalizar a atuação do inventariante, que é pessoa estranha à família.

A sociedade ou associação irregulares serão presentadas em juízo pela pessoa a quem couber a administração de seus bens (art. 75, VIII, CPC). Registre-se que o CPC atual acrescenta as associações de fato, além das sociedades; opção correta: nem todo agrupamento de fato tem finalidade lucrativa (sociedade); os movimentos sociais e entidades de representação estudantil podem ser exemplos de associações de fato. Para evitar abuso do direito por parte desses entes despersonalizados, proíbe-se que, uma vez demandados, oponham, como defesa, a irregularidade de sua própria constituição (art. 75, §2º, CPC). É regra que protege a boa-fé processual, como se observa facilmente.

Consoante o disposto no § 3º do art. 75 do CPC, "o gerente da filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo".

22. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 219-220.

Os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias (art. 75, §4º, CPC). Há, aqui, bom exemplo de negócio jurídico processual.

Os §§1º e 2º do art. 242 do CPC cuidam de situação em que se presume a representação processual do réu: *a)* na ausência do réu, é possível citá-lo na pessoa do seu mandatário, administrador, preposto ou gerente, quando a ação se originar de atos por eles praticados; *b)* na ausência do locador, que saiu do Brasil sem cientificar o locatário de que deixou, na localidade em que se situa o imóvel, procurador com poder para receber citação, é possível citá-lo na pessoa do administrador do imóvel encarregado de receber os aluguéis.

Cita-se o curador designado, com nomeação restrita à causa, quando o réu sofrer de algum distúrbio ou estiver impossibilitado de receber a citação (art. 245, § 5º, CPC).

Os entes despersonalizados, que são admitidos como parte, mas que não constam do rol do art. 75, serão representados ou presentados em juízo por aquela pessoa que exerça as funções de administração, gerência, direção, liderança, conforme se constate no caso concreto. Exemplos: a Câmara de Vereadores será presentada por seu presidente; a faculdade, por seu diretor; a tribo ou grupo tribal, pelo seu cacique etc.

6.1.2. Possíveis consequências da incapacidade processual

A capacidade processual é requisito de validade dos atos processuais e a sua falta é sempre sanável, na forma do art. 76 do CPC.

Diante de uma incapacidade processual, deve o órgão jurisdicional conceder prazo razoável para que seja sanado o vício (art. 76, *caput*, CPC).

A não correção da incapacidade processual gera consequências diversas, conforme se trate do autor (extinção do processo, se for único; em caso de litisconsórcio, exclui-se o autor incapaz), réu (prosseguimento do processo à sua revelia) e terceiro (exclusão do processo), conforme o art. 76, §1º, CPC. O regramento aplica-se, inclusive, em grau de recurso (art. 76, §2º, CPC): se a incapacidade processual ao recorrente não for suprida, o recurso não será conhecido; se a incapacidade processual do recorrido não for suprida, as suas contrarrazões de recurso serão desentranhadas dos autos do processo.

Não é correto, pois, afirmar, peremptoriamente, que a incapacidade processual de qualquer das partes redunda na extinção do processo sem resolução do mérito. *Somente a capacidade processual do autor pode ser vista como requisito processual de todo o procedimento*, pois a sua falta pode implicar a extinção do processo.

Além disso, deve-se lembrar, conforme será dito no capítulo sobre invalidades processuais, que há uma tendência doutrinária no sentido de aplicar aos "pressupostos processuais" o sistema das invalidades do CPC, que veda a decretação de nulidade se não houver prejuízo. Assim, por exemplo, se o autor incapaz não regulariza sua representação processual, mas é possível acolher o seu pedido, não deve o magistrado extinguir o processo sem exame de mérito (art. 76, §1º, I, do CPC): deve acolher o pedido, determinando a correção do defeito de representação apenas para a instância recursal, porque a ausência de representação não causou prejuízo ao demandante (a incapacidade é uma forma de proteger o incapaz, lembre-se).

6.2. Capacidade processual das pessoas casadas

6.2.1. Consideração introdutória

O casamento é fato jurídico que repercute de forma bastante significativa no processo civil, mais especificamente em relação à capacidade processual das pessoas casadas.

Essa capacidade processual possui regramento próprio: arts. 73-74 do CPC.

Há relação, no particular, entre o Código Civil e o Código de Processo. Os arts. 73-74 do CPC apenas repercutem o regramento já contido na legislação material nos arts. 1.643 a 1.648 do Código Civil.

6.2.2. Capacidade processual dos cônjuges nas ações reais imobiliárias

6.2.2.1. O art. 1.647 do Código Civil

O artigo 1.647 do Código Civil[23] cuida hipóteses de ilegitimidade (incapacidade para prática de determinado ato): não tem o cônjuge legitimidade para, sem autorização do outro, praticar os atos ali arrolados.

Interessa, neste momento, o inciso II desse artigo, que restringe a capacidade processual das pessoas casadas nas demandas reais imobiliárias: a participação de ambos os cônjuges, nessas hipóteses, é exigida.

Essa restrição da capacidade visa proteger o patrimônio imobiliário familiar.

23. Art. 1.647. "Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; (...)"

6.2.2.2. A restrição da capacidade processual

O inciso II do art. 1.647 do Código Civil tem cunho eminentemente processual. Cuida da capacidade processual das pessoas casadas, no polo ativo, e da exigência de litisconsórcio passivo, nas causas relacionadas a direitos reais imobiliários. O inciso também se aplica às causas que versam sobre direitos reais imobiliários sobre a coisa alheia, por força do inciso I deste mesmo artigo, que a eles faz referência ("gravar de ônus real").[24]

Conforme ressalvado no *caput* do artigo 1.647 do Código Civil, não se aplica a exigência de participação do consorte quando o casamento se der em regime de separação absoluta de bens (arts. 1687-1688 do Código Civil), legal ou convencional[25]. "As vedações são aplicáveis aos regimes de bens de comunhão parcial, de comunhão universal e de participação final de aquestos" (art. 1.656 do Código Civil)[26-27], no último caso se não houver acordo pré-nupcial em outro sentido – o acordo pré-nupcial pode ter eficácia processual, ao disciplinar, nesta parte, a capacidade processual do cônjuge; *nesse sentido, será um negócio jurídico processual.*

Trata-se de uma mudança promovida pelo Código Civil de 2002: é que, de acordo com o Código Civil de 1916, havia exigência de consentimento prévio do cônjuge para a prática dos atos enumerados no art. 235 do código revogado, *qualquer que fosse o regime de bens.*

Em harmonia com o Código Civil, o *caput* do art. 73 exige o consentimento do cônjuge para a propositura de ação que verse sobre direito real, *ressalvada a hipótese de o casamento ser em regime de separação absoluta* – repete-se o texto do Código Civil.

O cônjuge somente pode demandar em juízo sobre um direito real imobiliário se o outro lhe der autorização neste sentido (art. 73, *caput,* CPC). "A locução legal é ampla e abrange, além das ações diretamente relacionadas aos direitos reais

24. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 286.
25. THEODORO Jr., Humberto. *O Novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual.* Disponível em: http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo52.htm, consultado em 22.10.2004, às 11h04. Miguel Reale também entende que se não devem tratar distintamente os regimes da separação obrigatória e da separação convencional (*Estudos preliminares do Código Civil.* São Paulo: RT, 2003, p. 62-63). Retifica-se, assim, o entendimento defendido em DIDIER Jr., Fredie. *Regras processuais no Novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117 – já na segunda edição desta obra não consta mais a posição que restringe a ressalva à separação convencional.
26. Art. 1.656 do Código Civil: "No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares".
27. LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado.* São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 258; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. "Restrições à atuação processual dos cônjuges à luz do art. 10 do CPC e das influências do Código Civil". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2013, n. 121, p. 145. Em sentido contrário, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 285.

catalogados" no Código Civil, "quaisquer outras, ainda que indiretamente relacionadas com aqueles direitos", como as ações envolvendo hipoteca, a demolitória, a divisória, a nunciação de obra nova etc.[28]

Não é caso de litisconsórcio ativo necessário, figura, aliás, que não existe – ninguém pode ser obrigado a demandar em juízo somente se outrem também assim o desejar (art. 115, par. ún., CPC).[29] Trata-se de norma que tem o objetivo de integrar a capacidade processual ativa do cônjuge demandante. "Dado o consentimento inequívoco, somente o cônjuge que ingressa com a ação é parte ativa; o que outorgou o consentimento não é parte na causa". Nada impede, porém, a formação do litisconsórcio ativo, que é facultativo.

Quando a causa versar sobre direito real imobiliário, na coisa própria ou em coisa alheia, ambos os cônjuges devem ser citados (art. 73, §1º, I e IV, CPC).[30] Aqui, diversamente, *trata-se de hipótese de litisconsórcio passivo necessário*.

O Código Civil não cuidou do problema da participação dos cônjuges nas ações possessórias (que não são demandas reais, pois o direito à proteção possessória não é direito real, embora muitas vezes com os direitos reais se relacione). O CPC trata do assunto no §2º do art. 73: a participação do cônjuge, nestes casos, se restringe às situações de composse e às causas que disserem respeito a ato por ambos praticado.[31]

Há duas observações importantes a fazer em torno desse §2º: a) em relação ao polo ativo, refere-se exclusivamente às ações possessórias imobiliárias, embora não haja menção a essa qualidade no texto legal, que foi introduzido pela reforma de 1994 e mantido no CPC atual, exatamente para esclarecer a extensão do *caput* e do § 1º do art. 10 do CPC-1973, idênticos aos correspondentes *caput* e §1º do art. 73 do CPC atual, às ações possessórias – e esses dispositivos, como visto, somente se referem às ações imobiliárias; b) fala o dispositivo em "participação do cônjuge", locução que deve ser interpretada à luz dos outros enunciados do art. 73: no polo

28. ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 127.

29. *Em sentido contrário*, considerando o caso como de litisconsórcio necessário, DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 228. No sentido do texto, ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 27-41; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 93; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 76; DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. "Litisconsórcio necessário ativo". *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*: Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. DIDIER JR., Fredie *et ali* (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 378-379.

30. "A previsão abrange também as hipóteses de vínculos e restrições impostos pelo testador ou pelo doador, como inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade... Aqui não se trata de ação fundada em direito real, pois a causa de pedir está restrita aos fatos que, no entender do autor, revelem a existência ou o direito à constituição ou extinção de um desses ônus. A pretensão não tem fundamento em direito real". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 72.)

31. § 2º do art. 73 do CPC: "Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de composse ou de ato por ambos praticados".

ativo, a "participação do cônjuge" dar-se-á pelo consentimento;[32] no polo passivo, será exigido o litisconsórcio necessário.

Nos casos mencionados, poderá o cônjuge que não foi ouvido: *a)* ingressar no processo e pedir a anulação dos atos até então praticados; *b)* ajuizar ação rescisória (art. 966, V, do CPC), se a demanda tiver sido ajuizada pelo outro cônjuge sem o seu consentimento e já houver trânsito em julgado; *c)* ajuizar *querela nullitatis* (art. 525, §1º, I, CPC), se não tiver sido citado em ação real ou possessória imobiliária proposta contra o seu cônjuge.[33]

As restrições aplicam-se a ambos os cônjuges, sem qualquer distinção entre marido e mulher.

Deve o artigo ser interpretado restritivamente, porque se trata de norma que limita o exercício de direitos.[34]

6.2.2.3. Forma e prova do consentimento

A lei não prevê forma para o consentimento – diversamente do que fez com a aprovação (art. 1.649, par. ún., Código Civil), que é um consentimento concedido posteriormente à prática do ato.

O consentimento prévio é, a princípio, ato de forma livre (art. 107 do Código Civil).

Nada impede, por exemplo, que a autorização para a propositura de ação real imobiliária (art. 1.647, II, Código Civil) seja dada na própria petição inicial, eis que, em relação à prova do consentimento, se aplica a regra do art. 220 do Código Civil, segundo a qual "a anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento".

Há, porém, outros meios de prova, por exemplo: *a)* assinatura da procuração para o advogado que atuará na causa; *b)* documento criado com essa exclusiva finalidade, que será anexado à petição inicial.

6.2.2.4. Aplicação à união estável documentada

Os arts. 73-74 se aplicam à união estável comprovada (art. 73, §3º, CPC). Comprovada é, aqui, a união estável registrada, o que é possível nos termos do

32. Em sentido diverso, para quem o dispositivo contempla "um dos poucos casos de litisconsórcio necessário ativo", BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 73.
33. Sobre o cabimento, nestes casos de litisconsorte necessário não-citado, de *querela nullitatis* e até mesmo de ação rescisória, ver FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória". In: *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 243-268.
34. LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 258.

Provimento n. 37/2014 do Conselho Nacional de Justiça. Admite-se o registro da união estável formalizada por escritura pública ou reconhecida por decisão judicial.

O registro da união estável é facultativo. Como todo registro, sua utilidade maior é dar publicidade a terceiros e, assim, resguardar a segurança jurídica.

A dissolução da união estável não pode ser registrada – esse registro não pressupõe o prévio registro da existência da união estável (art. 7º do Provimento n. 37/2014 do CNJ).

Não se pode aceitar a aplicação do dispositivo à união estável comprovada por qualquer modo.

A explicação é simples.

O terceiro, neste caso, ficaria bem desprotegido, em razão da ausência de registro da união estável. Não se nega que, na situação, haverá um conflito de interesses entre duas pessoas que podem estar de boa-fé: o terceiro e o companheiro enganado. Um dos dois haveria de ser prestigiado. No caso, protege-se o terceiro.

É que, se não há registro da existência da união estável, embora a publicidade da relação seja um requisito para a configuração desta entidade familiar, realmente torna-se difícil ao terceiro proteger-se de eventuais prejuízos, não se podendo aplicar esse regime processual especial aos companheiros.[35] O problema aumenta de tamanho quando se percebem as dificuldades de estabelecer, com precisão, os limites temporais da união estável – desde quando a relação pode ser considerada como juridicamente tutelada, a exigir a participação do companheiro na prática dos mencionados atos? A segurança jurídica fica sobremodo comprometida. Nesse caso, assegura-se ao companheiro(a) prejudicado o direito de regresso contra a sua companheira(o).

6.2.2.5. O controle da ilegitimidade processual do cônjuge

De acordo com art. 1.649 do Código Civil, somente o cônjuge preterido tem legitimidade para pleitear a invalidação do ato praticado sem o seu consentimento.[36] Não pode o magistrado invalidar a demanda sem que o cônjuge preterido o provoque – e isso mesmo se o réu apontar a falta de comprovação do consentimento.

35. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 71; TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 455-456.

36. Art. 1.649 do Código Civil: "A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal".

O CPC não cuidou do assunto.

É preciso conjugar o Código Civil e o Direito Processual.

Não provado o consentimento, deve o juiz intimar pessoalmente o cônjuge supostamente preterido para, querendo, manifestar-se sobre a questão. O silêncio do cônjuge importa consentimento se não respondida essa intimação (art. 111 do Código Civil).

Embora o juiz não possa invalidar *ex officio* o ato, tem o dever de provocar o cônjuge supostamente preterido, cujo silêncio é interpretado como consentimento tácito. O cônjuge poderá, ainda, ratificar os atos praticados ou negar expressamente o consentimento, quando então o processo poderá ser extinto sem exame do mérito, em razão da sua invalidação.

6.2.2.6. Suprimento judicial do consentimento (art. 74 do CPC e art. 1.648 do Código Civil)

O magistrado poderá suprir o consentimento de um dos cônjuges, se houver recusa sem justo motivo ou quando for impossível ao cônjuge concedê-la (art. 1.648 do Código Civil[37] e art. 74 do CPC).

Não há como conceituar, abstratamente, o que seja justo motivo. Será no caso concreto, diante das peculiaridades da situação que se lhe apresenta, que o juiz averiguará a relevância do motivo da recusa do consentimento.[38]

A impossibilidade de concessão do consentimento, no entanto, é situação objetiva: toda vez que um dos cônjuges não puder dar o consentimento, em razão de impossibilidade física, permanente ou temporária, poderá o magistrado suprir a outorga. É o que pode ocorrer quando um dos cônjuges estiver gravemente enfermo ou desaparecido, ou quando um deles estiver servindo o país em uma guerra.

O pedido de suprimento judicial da outorga será processado de acordo com as regras da jurisdição voluntária. Adotar-se-á o procedimento regulado nos arts. 719-725 do CPC. O outro cônjuge deverá ser citado, sob pena de nulidade, pois é interessado (art. 721 do CPC). Quando não puder manifestar-se (caso de impossibilidade de concessão da autorização, por exemplo), deverá o magistrado nomear-lhe curador especial, a fim de resguardar os seus interesses (art. 72, CPC, aplicado por

37. Art. 1.648 do Código Civil: "Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la".

38. Também neste sentido, SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.461. Eis os exemplos de Paulo Lôbo: a) quando se prova que o ato é vantajoso ou necessário para ambos os cônjuges ou para a família; b) quando o ato de liberalidade (fiança, aval e doação) não leva a riscos desarrazoados ao patrimônio familiar (*Código Civil Comentado*, p. 258).

analogia). Da decisão que conceder ou negar o pedido, caberá apelação (art. 724, CPC). Em situações de urgência, é possível a concessão de tutela provisória.

Cabe ao magistrado (juízo singular) com competência material para as causas de família o suprimento do consentimento.

Cumpre advertir, porém, que a competência territorial será a do domicílio do cônjuge que se recusa ou está impossibilitado de fornecer o consentimento (aplicação analógica do disposto no art. 46 do CPC). Esse pedido de suprimento deve ser feito antes do ajuizamento do processo, normalmente; em caso de urgência, é possível o ajuizamento sem o suprimento, pedindo ao juiz da causa prazo para comprová-lo. Se o juízo competente para a causa também o for para suprir o consentimento, nada impede que, já na petição inicial, se peça o suprimento da outorga. Neste caso, imprescindível a instauração de um incidente processual, em que seja ouvido o outro cônjuge – quando isso for possível. Esse incidente deve suspender o processo.

6.2.3. Dívidas solidárias e litisconsórcio necessário entre os cônjuges (incisos II e III do § 1º do art. 73 do CPC)

Os incisos II e III do § 1º do art. 73 do CPC trazem duas regras que revelam uma desarmonia entre o direito processual e o direito material: impõem o litisconsórcio necessário passivo entre os cônjuges, quando demandados por dívidas solidárias.

A solidariedade passiva dos cônjuges, nos casos previstos naqueles incisos, possui um regramento processual diverso daquele previsto para a generalidade das obrigações solidárias: o credor não pode escolher um dos devedores para demandar, sendo eles casados entre si – retira-se, aqui, o benefício do art. 275 do Código Civil.[39] O CPC impõe o litisconsórcio necessário sem norma de direito material que dê qualquer indicação nesse sentido.

Eis as hipóteses.

Primeiramente, o inciso II impõe o litisconsórcio quando se tratar de demanda resultante de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles. São causas de responsabilidade civil. O art. 942 do Código Civil prevê a responsabilidade solidária de todos os coautores da ofensa.[40] Há solidariedade passiva

39. Art. 275 do Código Civil: "O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto".

40. Art. 942 do Código Civil: "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. *Parágrafo único*. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".

por força de lei (art. 265 do Código Civil), mas o fato de os coautores serem casados entre si redefine o regime jurídico processual dessa obrigação solidária, retirando do credor o benefício do art. 275 do Código Civil, impondo o litisconsórcio necessário.[41]

Agora, o inciso III.

Ao mesmo tempo em que submete o cônjuge à necessidade de consentimento prévio do outro, para a prática de certos atos (art. 1.647 do Código Civil), a legislação cuidou de especificar alguns atos que podem ser praticados sem a vênia conjugal (art. 1.643 do Código Civil).[42] Trata-se de atos relacionados à administração da economia doméstica.

Esta permissão aplica-se a qualquer regime de bens. Cria-se uma presunção legal *iure et de iure* de que o cônjuge está, nesses casos, autorizado pelo outro cônjuge a contrair dívidas. "Assim, não pode o outro cônjuge alegar a falta de sua autorização, quando ficarem evidenciadas as despesas de economia doméstica, que ele e os demais membros da família foram destinatários. Não se incluem as despesas suntuárias ou supérfluas, ainda que tendo destino o lar conjugal, pois não se enquadram na economia doméstica cotidiana".[43]

O art. 1.644 do Código Civil[44] cria uma regra de solidariedade legal (art. 265 do Código Civil) entre os cônjuges, com relação às dívidas contraídas para os fins de administração da economia doméstica.

Nos casos de cobrança de tais dívidas, contraídas a bem da família, em razão da solidariedade legal e da regra do art. 73, § 1º, III, CPC, exige-se a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges, para que se possam atingir os bens de ambos os cônjuges. Como observa Paulo Lôbo, "essa norma, em conjunto com os arts. 1.659, IV, e 1.664, encerram as hipóteses nas quais o patrimônio comum responde por dívidas contraídas por um dos cônjuges".[45] Embora solidária a dívida, nesses casos os devedores-cônjuges devem ser demandados conjuntamente, e não isoladamente.

A falta de citação de um deles impede que a sentença lhe possa produzir qualquer efeito, embora possa ser executada em face do cônjuge já citado (o caso aqui é de litisconsórcio necessário simples).

---

41. "Não fossem os autores casados, a responsabilidade solidária tornaria desnecessária a formação do litisconsórcio (CC, art. 942). A existência da sociedade conjugal, todavia, afasta a faculdade de escolha conferida ao credor pelo legislador material". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 71.)
42. Art. 1.643 do Código Civil: "Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro: I – comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica; II – obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir".
43. LÔBO, Paulo, *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 252.
44. Art. 1.644. "As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges".
45. LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*, p.252.

6.3. O curador especial

A incapacidade processual deve ser suprida, em algumas situações (art. 72 do CPC), pela designação de um representante processual *ad hoc* denominado *curador especial*.

Para o correto entendimento da integração da capacidade processual nessas hipóteses, impõem-se esclarecimentos sobre os seguintes pontos: a) hipóteses em que ele deve ser nomeado; b) qual a natureza jurídica do curador especial; c) a razão de ser do instituto; d) quais os limites temporais da sua atuação; e) de que poderes ele está investido; f) quem pode ser curador especial.

a) Nos casos em que houver réu-revel citado fictamente (por edital ou por citação com hora certa), réu revel preso, parte incapaz cujos interesses se choquem com os do representante legal ou que não o tenha, deve o juiz nomear, até mesmo *ex officio*,[46] um curador especial para proteger e resguardar seus interesses (art. 72, I e II, do CPC).

Há situações em que há incapacidade processual, a despeito da existência de capacidade de direito material. A autonomia da relação jurídica processual autoriza que se identifique alguém com incapacidade apenas para a prática de atos processuais.

Primeiro, o inciso I do art. 72 do CPC.

Nomeia-se o curador especial para a parte incapaz (incapacidade absoluta ou relativa) civil: quer porque não possui representante, quer porque está em litígio com ele. A nomeação de curador especial não supre a incapacidade material; o representante é designado para o suprimento da incapacidade processual.

Convém advertir que a nomeação do curador especial, nessas causas, não dispensa a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, fundada no inciso II do art. 178 do CPC. Se houver incapazes em ambos os polos da relação processual, impõe-se a nomeação do curador especial para ambas as partes.[47] A nomeação de curador especial para o incapaz também deve ser aplicada às pessoas jurídicas e aos entes formais, quando o órgão que a presente ou a pessoa que a represente não puder praticar os atos processuais necessários à sua defesa[48].

Nos casos do inciso II do art. 72, o curador vem representar em juízo sujeito capaz materialmente, mas incapaz processualmente. Trata-se de incapacidade puramente processual. O que justifica a curatela especial é a ausência física do réu revel,

46. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 259.
47. ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 43.
48. ROCCO, Ugo. *Tratado di Diritto Procesuale Civile*. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1957, v. 2, p. 131. O art. 78 do Código de Processo Civil italiano cogita a nomeação de curador especial às associações não reconhecidas

seja porque foi citado fictamente, seja porque está preso. Reputa-se que, em ambas as situações, se encontra o demandado em posição de fragilidade para defender-se em juízo.[49] A nomeação de curador especial é uma técnica para equilibrar o direito de ação e o direito de defesa.[50]

A nomeação do curador especial para o réu-revel citado fictamente "deve-se à incerteza quanto a ter o ato atingido seu escopo".[51] Nesse caso, haverá revelia sem efeitos da revelia, pois o réu-revel será defendido pelo representante designado pelo juiz – trata-se de mais uma hipótese, além daquelas previstas no art. 345 do CPC, em que não se produz a presunção de veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor, a despeito da revelia do réu.[52] Se o *réu-revel* comparecer, a presença do curador especial torna-se desnecessária, cessando a sua atuação. Se a revelia decorreu de citação inválida, a atuação do curador especial não tem aptidão de corrigir o defeito,[53] que poderá ser arguido por *querela nullitatis* (arts. 525, §1º, I, e 535, I, CPC).

O mesmo raciocínio se aplica à designação de curador especial ao réu *revel* preso. Não basta estar preso; é preciso que o réu tenha sido revel – inova-se em relação ao CPC-1973, que dispensava a revelia do réu preso para a nomeação do curador especial.

Em qualquer dos dois casos, se o revel tiver constituído *advogado*, cessam as funções do curador especial – parte final do inciso II do art. 72.

b) O curador especial é representante judicial, e não material;[54] sua atuação se restringe aos limites do processo: encaixa-se a figura na teoria da representação. Trata-se de um representante *ad hoc* nomeado pelo magistrado, com o objeti-

49. Ovídio Baptista tem visão um pouco diversa, não considerando ser caso de incapacidade: "Nas hipóteses do inc. II do art. 9º, o juiz não supre a incapacidade do réu preso ou do revel, mas apenas sua ocasional impossibilidade de fazerem-se representar no processo. Eles poderão ser incapazes, não todavia por estarem presos ou tornarem-se revéis". (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 85.)

50. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 248.

51. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 65. Assim, com amplas referências, FARIAS, Cristiano Chaves de. "A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório)". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2001, n. 19, p. 32-37.

52. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 99. Enunciado n. 17 do V Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: "Não se aplica o efeito da revelia, disposto no art. 319 do CPC, ao revel que tenha sido citado por edital ou por hora certa". O enunciado se refere a artigo do CPC-1973, correspondente ao atual art. 344.

53. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 291-292.

54. Araken de Assis defende que, em casos de incapacidade absoluta ou relativa, o magistrado deve partir para a solução logo no âmbito do direito material, asseverando que, "dotado o juiz da demanda de competência em razão da matéria, proverá de modo permanente, compromissando tutor ou curador para o incapaz, e, assim, cortando o problema pela raiz. Esta providência é útil e proveitosa inclusive fora do processo". ("Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória", p. 133) José Augusto Delgado defende que, se o juízo não for competente para nomear o curador definitivo, deverá ser ordenado que se proceda a essa nomeação no juízo competente. ("Sujeitos do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1983, n. 30, p. 92.).

vo de cuidar dos interesses do incapaz processual durante o processo, e somente durante o processo. Daí a denominação curador à lide. "O curador à lide, que se nomeia ao processualmente incapaz, representa-o, ou o assiste, até que ingresse o representante legal".[55] Como se trata de meio de integração de capacidade processual por imposição legal, a falta de designação do curador especial, nestes casos, implica nulidade do procedimento desde então.

Vale frisar que a falta de nomeação do curador nada tem a ver com invalidade da citação, que de resto lhe é anterior; não se pode invalidar um ato por conta de um fato que lhe é superveniente. Dessa forma, mesmo que seja caso de nomeação de curador especial e não haja essa nomeação, a citação produzirá os efeitos que lhe são próprios.[56]

É importante observar, como fez Calmon de Passos, que o exercício da curatela especial é um múnus, do qual deve desincumbir-se o curador, sob pena de responsabilidade funcional – basta lembrar que a função é normalmente exercida por agente público, quer o defensor público, como regra, quer o membro do Ministério Público. O magistrado poderá, inclusive, designar outro curador especial, para substituir o primeiro que se comportar de maneira negligente[57].

c) Essa representação processual do curador processual visa regularizar o processo: *i)* integrando a capacidade processual de incapaz que não tenha representante ou cujos interesses estejam em choque com os do seu representante; *ii)* garantindo a paridade de armas e equilibrando o contraditório, quando atua na defesa do demandado revel, nas hipóteses do inciso II do art. 72, que são incapazes processuais.

d) A curatela especial é sempre temporária: no máximo, durará até o trânsito em julgado da decisão final. Contudo é possível que, ao longo da litispendência, não seja mais necessária a integração da capacidade, em razão de fato superveniente que torne a parte capaz: cessação da incapacidade, nomeação do representante legal, aparecimento do réu revel, constituição de advogado pelo réu revel etc.

e) O curador especial não é parte no processo, nem mesmo quando apresenta embargos à execução (enunciado 196 da súmula do STJ),[58] postula tutela cautelar ou

55. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 246. Assim, também, SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 85.

56. Nesse sentido, fazendo referência a outros julgados, cf.: STJ, 2ª T., REsp n. 1.306.331/MG, rel. Min. Mauro Campbell, j. em 07.08.2012, publicado no DJe de 14.08.2012.

57. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 380.

58. Corretamente, BERNARDI, Lígia Maria. *O curador especial no Código de Processo Civil*, cit., p. 8; STJ, 4 T., RMS n. 1.768/RJ, j. 23.03.1993, publicado no DJ de 19.04.1993, rel. Min. Athos Carneiro. Contra, entendendo que o curador

impetra mandado de segurança contra ato judicial.[59] *Parte* é o representado, cuja incapacidade foi regularizada com a nomeação do curador especial. O *curador especial* é um representante processual[60].

Suas funções são basicamente defensivas.[61] Não se lhe permite a propositura de reconvenção ou formulação de pedido contraposto; ambas são demandas, não possuem função defensiva.[62] Nem mesmo a denunciação da lide nos casos de evicção (art. 125, I, CPC) é permitida, que de resto não é pressuposto do direito de regresso (art. 125, par. ún., CPC). Tendo em vista que o chamamento ao processo não é exercício do direito de ação, mas simples convocação para formação de litisconsórcio passivo, pode o curador especial promovê-lo.[63]

O curador especial está autorizado a, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 341 do CPC, formular defesa genérica: não tem o ônus da impugnação especificada dos fatos afirmados na petição inicial, exatamente por não ter, a princípio, contato com a parte.

Não está autorizado, porém, a dispor do direito material discutido: transigir, renunciar ou reconhecer a procedência do pedido[64].

Não pode o autor desistir da demanda (art. 485, VIII, CPC) sem que o consinta o réu representado pelo curador especial, mesmo nos casos de revelia: a defesa apresentada pelo curador faz o réu presente em juízo, razão pela qual é imprescindível o consentimento do réu, representado pelo curador especial, à proposta de revogação da demanda feita pelo autor (art. 485, § 4º, CPC).

---

especial é substituto processual, GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.

59. Poderes que lhe são conferidos, visto que, sem a possibilidade de praticar tais atos processuais, a defesa do curatelado ficaria deveras prejudicada. Ver, com razão, ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 131. Também assim, STJ, 4 T., RMS n. 1.768/RJ, j. 23.03.1993, publicado no DJ de 19.04.1993, rel. Min. Athos Carneiro, em que se reconheceu a possibilidade de manejo também de ações cautelares e de denunciação da lide.
60. Em sentido diverso, para quem "o curador à lide não é parte, nem representa. É órgão protectivo". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 263.)
61. ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 131.
62. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 67. Contra, entendendo possível o ajuizamento de reconvenção, ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, cit., p. 131; BERNARDI, Lígia Maria. *O curador especial no Código de Processo Civil*, cit., p. 29, que confere amplos poderes ao curador especial.
63. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 67. Arruda Alvim não admite a possibilidade de reconvenção e denunciação da lide, mas reconhece a possibilidade de o curador especial interpor embargos de terceiro, que também é uma demanda e chamar ao processo (ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 45).
64. Amplamente, FARIAS, Cristiano Chaves de. "A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório)", cit., p. 34-37.

f) A curatela especial será exercida, em regra, pela Defensoria Pública (art. 72, par. ún., CPC). Repete-se, no CPC, o disposto no art. 4º, XVI, da Lei Complementar n. 80/1994, que atribuiu, expressamente, as funções da curatela especial à Defensoria Pública.

Somente se não houver Defensoria Pública na localidade, deverá o juiz atribuir o múnus a "qualquer advogado, *ex officio* ou a requerimento da parte ou do Ministério Público",[65] ou, ainda, a qualquer pessoa capaz[66] e alfabetizada[67].

Nomeada pessoa capaz que não seja advogado, deverá o curador especial constituir advogado para regularizar a capacidade postulatória – razão mais do que bastante para justificar a recomendação de que o magistrado deva designar alguém que, além de poder representar processualmente o incapaz, possa também suprir a sua capacidade postulatória.[68]

Nomeado um advogado para o exercício do múnus, nada impede que ele substabeleça as tarefas de advogado a outro patrono; não poderá, porém, delegar a função de representação do incapaz processual, que é indelegável, porquanto função pública. Não podem ser confundidas as funções do advogado, representante que supre a incapacidade postulatória, com as do curador especial, que supre a incapacidade processual, embora possam ser exercidas pela mesma pessoa[69].

É possível, embora tenha de ser visto como algo excepcionalíssimo, que ocorra a situação de o Ministério Público ter de funcionar como curador especial – nomeado *ex vi* do art. 72, II, CPC, em caso de réu-revel citado por edital ou por hora certa – e como fiscal da ordem jurídica. Nesta circunstância, dois órgãos ministeriais devem atuar no feito, um para o exercício de cada função, eis que "a atividade imparcial do fiscal da lei é inconciliável com a do curador *ad litem*, que fala por uma parte".[70]

---

65. ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 132-133. Também assim, MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*, p. 146.
66. Contra, entendendo que somente bacharel em direito pode ser curador especial, ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 47.
67. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 257.
68. Assim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 65.
69. "Surgem os problemas de ser curador especial pessoa que é advogado e de não o ser. No primeiro caso, o curador especial funciona como curador especial e como advogado; no segundo, tem de contratar advogado para que o represente. As circunstâncias mais frequentes mostram que o juiz deve nomear curador especial quem é advogado; *e. g.*, curador especial teria de se pôr a par de negócios do curatelado e providenciar quanto a honorários advocatícios e outras providências relativas ao processo". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1, cit., p. 255). Cumpre advertir que, atualmente, a função da curatela especial cabe ao defensor público.
70. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, t. 3, p. 520. Também assim, ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 49. Sobre a controvertida questão da intervenção de mais de um órgão ministerial, com bastante

Essa situação, no entanto, dificilmente ocorrerá, tendo em vista a regra que atribui à Defensoria Pública o múnus.

6.4. Capacidade postulatória

6.4.1. Generalidades

Por fim, o último "pressuposto processual" relacionado às partes: a capacidade postulatória ou postulacional *(ius postulandi)*.

Já se viu que os atos processuais exigem um especial tipo de capacidade de exercício denominado de capacidade processual: não basta simplesmente a capacidade para a prática de atos materiais para que se possam praticar validamente os atos processuais, que exigem capacidade específica.

Alguns atos processuais, porém, além da capacidade processual, exigem do sujeito uma capacidade técnica, sem a qual não é possível a sua realização válida. É como se a capacidade, requisito indispensável à prática dos atos jurídicos, fosse bipartida: a) capacidade processual; b) capacidade técnica. A essa capacidade técnica dá-se o nome de capacidade postulatória. Frise-se: há atos processuais que não exigem a capacidade técnica, (por exemplo, o ato de testemunhar e o ato de indicar bens à penhora); a capacidade postulatória somente é exigida para a prática de alguns atos processuais, os postulatórios (pelos quais se solicita do Estado-juiz alguma providência).

A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e de responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, os defensores públicos e os membros do Ministério Público e, em alguns casos, as próprias pessoas não-advogadas, como nas hipóteses dos Juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários-mínimos), das causas trabalhistas e do *habeas corpus*.

O pedido de concessão de "medidas protetivas de urgência", pela mulher que se alega vítima de violência doméstica e familiar, pode ser formulado *diretamente* pela suposta ofendida, que, para tanto, tem capacidade postulatória. Não é necessário que esteja acompanhada de advogado ou defensor público (art. 19, *caput* e § 1º, e art. 27, ambos da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha).[71] A capacidade postulatória é concedida à mulher, neste caso, apenas para formular a demanda

---

proveito, Antônio Cláudio da Costa Machado, *Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 570-575.

71. Art. 27 da Lei n. 11.340/2006: "Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei".

das "medidas protetivas de urgência" (arts. 22-24 da Lei n. 11.340/2006); não a tem, porém, para o acompanhamento do processo a partir daí. Segue-se, assim, o modelo da lei de alimentos (art. 2º da Lei 5.478/1968).[72] Recebida a demanda, após examinada a possibilidade de concessão de medida liminar, deve o juiz determinar a integração da capacidade postulatória da autora, seja pela constituição de um advogado, seja pela designação de um defensor público (art. 18, II, Lei 11.340/2006).[73]

As pessoas não advogadas precisam, portanto, integrar a sua incapacidade postulatória, nomeando um representante judicial: o advogado.

Como se trata de um requisito de validade, é preciso pensar a capacidade postulatória à luz do sistema de invalidação dos atos processuais, que, conforme examinado em capítulo próprio, impede a decretação da invalidade se do defeito do ato não decorrer prejuízo. Busca-se, sempre, o aproveitamento do ato processual.

Em suma, a falta de capacidade postulatória é caso de nulidade do ato. O caso é regulado pelo art. 4º do EOAB: "São nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoa não inserida na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas". O caso é de invalidade, pois ser *advogado* é requisito para a prática do ato – todo requisito de validade é um dado que tem de ser coevo à formação do ato jurídico para que ele possa produzir os efeitos pretendidos.

A falta de capacidade postulatória do autor implica extinção do processo, se não for sanada; a do réu, o prosseguimento do processo à sua revelia; a do terceiro, a sua revelia ou a sua exclusão da causa (art. 76, CPC). Mais uma vez, somente a capacidade postulatória do autor pode ser vista como requisito de admissibilidade do procedimento. A capacidade postulatória do réu ou do terceiro é requisito de validade dos atos postulatórios que praticarem. Como se trata de capacidade, bifurcação da capacidade processual exigida para a prática de alguns atos processuais, é requisito de validade (art. 104, Código Civil) dos atos processuais.

> O estagiário é, juridicamente, um relativamente incapaz: possui relativa capacidade postulatória, pois pode praticar os atos privativos da advocacia assistido por um advogado – e ainda há atos que pode praticar sozinho. É o que dispõe o art. 29 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (EOAB)[74].

72. "Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe".

73. "Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas: (...) II – determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso".

74. "Art. 29. Os atos de advocacia, previstos no Art. 1º do Estatuto, podem ser subscritos por estagiário inscrito na OAB, em conjunto com o advogado ou o defensor público. § 1º O estagiário inscrito na OAB pode praticar

> Partindo dessas duas premissas, a SDI 1 do TST consolidou a OJ n. 319, cujo texto merece transcrição: "Representação regular. Estagiário. Habilitação posterior. Válidos são os atos praticados por estagiário se, entre o substabelecimento e a interposição do recurso, sobreveio a habilitação, do então estagiário, para atuar como advogado".
>
> A procuração outorgada a um estagiário deve ser aproveitada como instrumento da representação judicial, se o estagiário, ao tempo da prática do ato, já era advogado; não há necessidade de nova procuração, pelo fato de o estagiário ter adquirido a plena capacidade postulatória, com a habilitação para o exercício da advocacia.

6.4.2. Ato praticado por advogado sem procuração

Há outra questão, porém, que merece cuidadoso exame.

É a situação do *advogado* que postula sem procuração. Nesse caso, o ato foi praticado por quem poderia praticá-lo, ou seja, um advogado. *Não há incapacidade postulatória*. O que não há é a prova da *representação voluntária*, negócio jurídico que, no caso, serve para a integração da incapacidade técnica da parte.

Em situações assim, o ato não é nulo. Há ineficácia relativa do processo ou do ato em relação àquele que supostamente seria a parte, mas que não outorgou o instrumento de representação.[75] "A falta de poderes não determina nulidade, nem existência".[76] Trata-se de ato cuja eficácia em relação ao suposto representado submete-se a uma condição legal suspensiva: a ratificação. Não há falta de capacidade postulatória, pois o ato foi praticado por um advogado, que a tem; o vício é na representação, que não restou comprovada. É aplicação direta do quanto disposto no art. 662 do Código Civil.[77]

O advogado pode postular sem procuração, para evitar preclusão, prescrição ou decadência, ou para praticar ato considerado urgente (art. 104, *caput*, CPC).

---

isoladamente os seguintes atos, sob a responsabilidade do advogado: I – retirar e devolver autos em cartório, assinando a respectiva carga; II – obter junto aos escrivães e chefes de secretarias certidões de peças ou autos de processos em curso ou findos; III – assinar petições de juntada de documentos a processos judiciais ou administrativos. § 2º Para o exercício de atos extrajudiciais, o estagiário pode comparecer isoladamente, quando receber autorização ou substabelecimento do advogado".

75. Corretamente identificando a questão como atinente ao plano da eficácia, DEMARCHI, Juliana. "Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 13, p. 52. Também assim José Maria Tesheiner: "... a sentença acaso proferida será ineficaz com relação a quem podia ter ratificado a inicial, mas não o fez. Ineficácia declarável a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória". (*Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 284).
76. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 27.
77. Art. 662 do Código Civil: "Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar". Trata-se de consagração de entendimento doutrinário, e que corrigiu as confusões que antes reinavam sobre o tema.

Quando postula sem procuração, o advogado se obriga a apresentar a procuração em quinze dias, prorrogáveis por igual período (art. 104, §1º, CPC). Se não o fizer, e sendo advogado do autor, o processo será extinto sem exame do mérito. A situação é similar à do processo instaurado por uma parte ilegítima: é como se o advogado, que não foi autorizado a demandar, estivesse pleiteando em juízo direito alheio, sem que tivesse legitimação extraordinária para tanto; é como se o advogado fosse o autor, não o seu pretenso representado.

Caso não junte a procuração ratificando a sua conduta, "o ato não ratificado será considerado ineficaz relativamente àquele em cujo nome foi praticado, respondendo o advogado pelas despesas e perdas e danos" (art. 104, §2º, CPC). Reproduz-se, assim, a regra do art. 662 do Código Civil.

> O parágrafo único do art. 37 do CPC-1973 afirmava que a não-ratificação dos atos praticados por advogado sem procuração importava havê-los por inexistentes. A partir do texto legal, havia quem defendesse, e não eram poucos[78], que a capacidade postulatória seria "pressuposto processual" de existência.
>
> O Superior Tribunal de Justiça acolheu a terminologia no enunciado 115 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos" – a propósito, o rigor desse enunciado era manifesto: não há preocupação com a qualidade das decisões, mas apenas com a rapidez com que são proferidas; não há razão para impedir-se a ratificação do ato em sede de tribunal. A confusão era evidente. Não se tratava de *incapacidade postulatória*, mas de simples não comprovação da representação judicial. Mesmo assim, não seria caso de inexistência, mas de ineficácia relativa. O advogado seria responsabilizado

78. Apenas para dar a dimensão do tamanho do problema,: NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 11ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 258; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 4ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 284-285; ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* 10ª ed. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 478; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil.* 8ª ed. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 201; ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil.* São Paulo: RT, 1999, v. 1, p. 172-173; FORNACIARI JR., Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 104-105; GONÇALVES. Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 108-109; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada:* controle de admissibilidade. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 123; MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos de executado:* exceção de pré-executividade. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 79-80; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo:* legitimação ativa. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 257; LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil.* São Paulo: Atlas, 2005, p. 103; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil.* São Paulo: RT, 2003, p. 125; PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 171-172; CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 125. Afirmando ser a capacidade postulatória um requisito pré-processual, anterior, inclusive, aos pressupostos de existência do processo, ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo.* São Paulo: RT, 1996, p. 72.

> pelas perdas e danos, em razão da extinção do processo instaurado sem que lhe tenha sido outorgada a procuração: se o processo não existisse juridicamente, seria inconcebível e ilógico colocar a extinção do "nada jurídico" como suporte fático do dever de indenizar. Admitir ratificação de ato inexistente é, no mínimo, uma contradição lógica[79].
>
> O CPC atual resolve o problema e encerra a discussão. O enunciado n. 115 do STJ está, então, superado e merece ser cancelado[80].

6.4.3. A procuração

A procuração é o instrumento da representação judicial voluntária. O advogado deve apresentá-la ao postular em juízo (art. 104, CPC; art. 5º, Lei n. 8.906/1994). É, assim, um dos documentos indispensáveis à propositura da ação.

Os advogados públicos estão dispensados da apresentação da procuração (art. 9º, Lei n. 9.469/1997), pois a representação judicial lhes é conferida pela lei que fixou as funções do seu cargo. O defensor público está autorizado a postular sem procuração, ressalvada a prática de atos que exijam poderes especiais (art. 44, XI, Lei Complementar 80/1994).

A procuração pode ser outorgada por instrumento público ou particular, deve ser assinada pela parte outorgante (art. 105, primeira parte, CPC) e conter a indicação do lugar onde foi passada, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos (art. 654, §1º, Código Civil). Não há necessidade de reconhecimento, em cartório, da assinatura do outorgante.

Nada impede a outorga de poderes de representação oralmente, em audiência; nesse caso, deverá constar da ata da audiência a outorga de poderes.

A procuração pode ser assinada digitalmente, na forma da lei (art. 105, §1º, CPC).

A procuração deverá conter o nome do advogado, seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo (art. 105, §2º, CPC). Se o outorgado integrar sociedade de advogados, a procuração também deverá conter o nome desta, seu número de registro na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo (art. 105, §3º, CPC).

A representação judicial é outorgada com a aposição, na procuração, dos *poderes gerais para o foro*, ou cláusula *ad judicia*. Essa cláusula negocial habilita o

---

79. Também neste sentido, DEMARCHI, Juliana. "Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica", cit., p. 52.
80. Nesse sentido, enunciado n. 83 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Fica superado o Enunciado 115 da Súmula do STJ após a entrada em vigor do NCPC".

advogado à prática da generalidade dos atos processuais, ressalvados apenas aqueles que exigem *poder especial*.

Poder de representação especial é aquele que deve constar *expressamente* da procuração. São poderes para a prática de atos de disposição de direitos e, por isso, devem aparecer expressamente no instrumento da representação judicial. A interpretação dessas cláusulas especiais deve ser restritiva (art. 114 do Código Civil).

O art. 105 do CPC, parte final, enumera os atos que exigem expressa autorização na procuração: receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica.

Salvo disposição expressa em sentido contrário constante do próprio instrumento, a procuração outorgada na fase de conhecimento é eficaz para todas as fases do processo, inclusive para o cumprimento de sentença (art. 105, §4º, CPC).

A parte que revogar o mandato outorgado a seu advogado constituirá, no mesmo ato, outro que assuma o patrocínio da causa (art. 111, *caput*, CPC). Não sendo constituído novo procurador no prazo de quinze dias, o juiz determinará prazo para o suprimento da incapacidade postulatória, nos termos do art. 76 do CPC, examinado linhas atrás (art. 111, par. ún., CPC).

O advogado poderá renunciar ao mandato a qualquer tempo, provando, que comunicou a renúncia ao mandante, a fim de que este nomeie sucessor (art. 112, *caput*, CPC). Dispensa-se essa comunicação, quando a procuração tiver sido outorgada a vários advogados e a parte continuar representada por outro, apesar da renúncia (art. 112, §2º, CPC). Durante os dez dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo (art. 112, §1º, CPC). O advogado deixará a representação se, nesse interstício, for substituído (art. 5º, §3º, Lei n. 8.906/1994).

6.5. Competência

A competência do órgão jurisdicional é requisito de validade do procedimento que o órfão jurisdicional porventura vier a conduzir e, por consequência, da decisão que vier a proferir. A competência foi estudada em capítulo específico, para onde remetemos o leitor.

6.6. Imparcialidade

A imparcialidade é requisito processual de validade; portanto, o ato do juiz parcial é ato que pode ser invalidado. Há dois graus de parcialidade: o impedimento e a suspeição. A parcialidade é vício que não gera a extinção do processo: verificado o

impedimento ou a suspeição do magistrado, os autos do processo devem ser remetidos ao seu substituto legal. Os atos decisórios praticados devem ser invalidados.

O regime jurídico da arguição de impedimento ou suspeição do juiz será examinado em capítulo próprio, neste volume do *Curso*.

Convém lembrar, por oportuno, que a imparcialidade e a competência são pressupostos processuais relativos ao órgão julgador que derivam da garantia fundamental do direito ao juiz natural, conforme examinado no capítulo sobre jurisdição.

7. REQUISITO PROCESSUAL OBJETIVO INTRÍNSECO: RESPEITO AO FORMALISMO PROCESSUAL

Os requisitos intrínsecos de validade podem ser reunidos sob a seguinte rubrica: respeito ao formalismo processual.

Considera-se formalismo processual a totalidade formal do processo, "compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais".[81]

Como conjunto das regras que disciplinam a atividade processual, o formalismo exerce papel fundamental no contexto do estudo do processo.

De acordo com o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, podem ser citadas algumas funções do formalismo processual: *a)* indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo; *b)* circunscrever o material processual que poderá ser formado; *c)* estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento; *d)* emprestar previsibilidade ao procedimento; *e)* disciplinar o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado, pois "a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes;"[82] *f)* controle dos eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si, seja no plano normativo, impondo uma distribuição equilibrada dos poderes das partes, seja no plano de fato, impondo a paridade de armas, garantindo o exercício bilateral dos direitos; *g)* formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa; e, ainda, *h)* determinar

81. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 06/07.
82. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 07-08.

como, quando e quais os julgados podem adquirir a imutabilidade característica da coisa julgada.[83]

Não há confundir-se, embora a homonímia, o formalismo de que se trata com o formalismo fetiche da forma; este último, na verdade, deformação daquele.

Pode-se dizer que o formalismo responde às perguntas: como funciona (o processo) e quais são as regras do jogo. Trata-se – em linguagem simples – do regulamento da disputa. O cerne do formalismo processual está no procedimento – espinha dorsal, na feliz expressão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.[84]

Por isso, o desrespeito ao formalismo processual implica invalidade do ato jurídico processual ou do procedimento. É difícil imaginar uma hipótese em que o desrespeito a um destes requisitos importe *imediatamente* a extinção do processo (art. 485, IV, do CPC). Submetidos que estão ao sistema de invalidades, sempre deverá buscar-se o aproveitamento dos atos processuais ou a sanação do vício; somente se impossível a correção ou o aproveitamento é que o ato não deve ser aceito e, se for o caso, o processo ser extinto.

É muito importante advertir: a nulidade somente poderá ser decretada após a investigação da existência de efetivo prejuízo e desde que obedecidas, ainda, com rigor, as diversas regras que compõem o sistema de nulidades do CPC (arts. 276-283), cujo objetivo principal é exatamente o de evitar a decretação das nulidades. Relacionar os requisitos de validade com o sistema de nulidades do CPC é absolutamente fundamental para que se faça a correta interpretação dos dispositivos legais.

Assim, exemplificativamente, podem ser citados os seguintes requisitos objetivos intrínsecos de validade: *a)* petição inicial apta; *b)* comunicação dos atos processuais, inclusive e principalmente a citação; *c)* respeito ao princípio do contraditório; *d)* obediência ao procedimento, como, por exemplo, a necessidade de intimação da parte para manifestar-se sobre documento juntado ao processo pela outra; *e)* escolha correta do procedimento.

8. REQUISITOS PROCESSUAIS OBJETIVOS EXTRÍNSECOS E NEGATIVOS

Os requisitos objetivos extrínsecos podem ser *positivos*, como o interesse de agir, examinado mais adiante, ou *negativos*.

---

83. O formalismo, conforme conceito exposto, é construído de modo a que o processo atinja os fins para os quais foi criado. Ainda de acordo com o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, podem ser alinhados, como fins – e, por consequência, valores, visto o inegável entrelaçamento entre estas noções – os seguintes: justiça, paz social, segurança e efetividade (*O formalismo no processo civil*, p. 65-73).

84. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 111.

São considerados negativos aqueles fatos que *não podem* ocorrer para que o procedimento se instaure validamente. São fatos estranhos ao processo (daí o adjetivo "extrínseco"), que, uma vez existentes, impedem a sua formação válida.

Não se trata de simples requisito do ato jurídico processual; na verdade, é requisito de validade do próprio processo. Conforme veremos no capítulo sobre as invalidades processuais, de acordo com a teoria das invalidades um ato pode ser defeituoso por fatos que lhe são anteriores ou contemporâneos: no caso, o ato complexo procedimento já nasce viciado por fatos que lhe antecedem.

A princípio, são vícios insanáveis.[85] Por isso, o reconhecimento da existência de algum desses fatos inevitavelmente levará à extinção do processo sem exame do mérito – salvo se disser respeito a apenas parcela da demanda (litispendência parcial, p. ex.), hipótese em que haverá inadmissibilidade parcial, sem a extinção do processo, que prosseguirá em relação à parcela restante.

A circunstância de a existência de um desses fatos levar à extinção do processo é um dos motivos que levou o legislador a dar-lhes tratamento normativo distinto em relação aos outros "pressupostos processuais": deu-lhes incisos próprios (V e VII) no rol do art. 485, retirando-os da incidência da regra geral do inciso IV do mesmo artigo.

São exemplos: a inexistência de litispendência, a inexistência de coisa julgada, a inexistência de perempção (art. 486, §3º, CPC) e a inexistência de convenção de arbitragem.

Também é "pressuposto processual" negativo, específico para as demandas em que se pretende o reconhecimento de domínio (*ações petitórias*), a inexistência de processo possessório em que se discuta esse domínio: não pode estar pendente demanda possessória em que se discuta domínio, para que prossiga a ação petitória ajuizada tendo em vista o mesmo objeto (art. 557 do CPC)[86].

O art. 11 do Estatuto da Cidade[87] dispõe que, na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo. A inexistência de processo de usucapião especial urbana se torna pressuposto processual negativo (extrínseco) de validade das demandas petitórias e possessórias

85. Diz-se a princípio, pois, como veremos no capítulo sobre a extinção do processo, se a causa da extinção do processo desaparecer (p. ex.: o processo que estava pendente, e que autorizou a extinção por litispendência, foi extinto sem exame do mérito), desaparece o óbice para a repropositura da demanda.

86. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, t. 3, p. 386.

87. "Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo".

que digam respeito ao imóvel usucapiendo. Adapta-se, aqui, a ideia já prevista para as ações possessórias.

9. A LEGITIMAÇÃO PARA AGIR E O INTERESSE PROCESSUAL

9.1. Observação introdutória

No capítulo sobre a teoria da ação, vimos que o CPC atual não mais se vale da categoria "condição da ação" como gênero, de que são espécies a *legitimidade ad causam* e o *interesse de agir*.

O CPC continua a regular essas espécies de requisito de admissibilidade do processo, não mais sob a rubrica "condição da ação". Ao enumerar as hipóteses de extinção do processo *sem resolução do mérito*, o CPC, no inciso VI do art. 483, menciona a ilegitimidade e a falta de interesse processual.

Subsomem-se, então, à tradicional e consagrada categoria dos "pressupostos processuais", guarda-chuva que abrange *todos* os requisitos de admissibilidade de um processo[88].

O estudo desses requisitos processuais passa a ser feito conjuntamente com o dos demais pressupostos processuais.

A legitimidade *ad causam* é hipótese de requisito de admissibilidade subjetivo relacionado às partes; o interesse de agir, requisito objetivo extrínseco positivo.

9.2. O art. 17 do CPC

O art. 17 do CPC diz o seguinte: "Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade".

É preciso fazer algumas observações sobre esse dispositivo.

a) Esse artigo corresponde ao art. 3º do CPC-1973, que, porém, tinha redação um pouco diferente: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

A mudança é sutil, mas considerável.

Interesse e *legitimidade* são exigidos para qualquer postulação em juízo, não apenas para a propositura da demanda ou apresentação da respectiva defesa.

Também se exigem o interesse e a legitimidade para recorrer, arguir impedimento ou suspeição do juiz, chamar ao processo, suscitar os incidentes processuais (conflito de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas etc.) etc.

88. Já examinava a legitimação *ad causam* como pressuposto processual, ASSIS, Araken de. "Substituição processual". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 9.

A redação do enunciado também ajuda a compreender a *dinamicidade das posições processuais*. O sujeito pode ter legitimidade para um ato e não a ter para o outro; pode não ter interesse para algo e tê-lo para outra coisa; pode não ter, originariamente, legitimidade e, tempos depois, essa legitimidade ser adquirida – o mesmo pode ocorrer com o interesse de agir. As posições processuais são dinâmicas. O tema será examinado em item mais à frente.

b) A postulação processual exige outros requisitos, além do interesse e da legitimidade. É preciso que a parte preencha os demais requisitos processuais subjetivos (capacidade processual e capacidade postulatória) e objetivos (intrínsecos e extrínsecos negativos). *O art. 17 do CPC não exaure, portanto, as exigências formais da postulação.*

9.3. Legitimação para agir

9.3.1. Noção

A todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar a juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida.

Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*.

A legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) é requisito de admissibilidade que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os "pressupostos processuais" subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

É a "pertinência subjetiva da ação", segundo célebre definição doutrinária[89].

A esse poder, conferido pela lei, dá-se o nome de legitimidade *ad causam* ou capacidade de conduzir o processo. Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, "decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso"[90].

89. BUZAID, Alfredo. *Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 89.
90. ASSIS, Araken de. "Substituição processual". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 9. Em sentido bastante semelhante, José Carlos Barbosa Moreira, que reputa a legitimação como a "coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o

Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que o autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o titular, ao menos em tese, do dever de indenizar.

Essa noção revela os principais aspectos da legitimidade *ad causam*: *a)* trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei ("situação legitimante"; "esquemas abstratos"; "modelo ideal", nas expressões normalmente usadas pela doutrina); *b)* é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu);[91] *c)* afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida – "toda legitimidade baseia-se em regras de direito material",[92] embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda.[93]

A legitimidade *ad causam* é bilateral, pois o autor está legitimado para propor ação em face daquele réu, e não em face de outro. "Pode-se dizer, no que tange à legitimidade do réu, que não constitui ela normalmente uma legitimidade autônoma e desvinculada daquela do autor. Ambos são legitimados quando inseridos na mesma relação jurídico-processual emergente da pretensão. Da mesma forma, serão ambos carentes de legitimidade quando um deles estiver alheio a tal relação"[94].

9.3.2. Classificação

A principal classificação da legitimação *ad causam* é a que a divide em *legitimação ordinária* e *legitimação extraordinária*. Trata-se de classificação que se baseia na relação entre o legitimado e o objeto litigioso do processo.

Há legitimação ordinária quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do juiz. "Coincidem as figuras das partes com os polos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial".[95] Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio. "A regra geral da legitimidade somente poderia residir na correspondência dos figurantes do processo com os sujeitos da lide".[96]

órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir". ("Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, n. 404, p. 09-10.)

91. A parte ilegítima é tão parte quanto a legítima. A legitimidade é qualidade jurídica que não constitui a figura de parte, "mas a unge de juridicidade processual, tornando-a parte legítima para a decisão final". (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 85) Tanto é assim que o réu, que é parte, tem legitimidade para alegar a sua própria ilegitimidade.
92. ASSIS, Araken de. "Substituição processual". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 10.
93. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 94-100; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Pressupostos processuais e condições da ação". *Justitia*. São Paulo: s/ed. 1991, out-dez, n. 53, p. 57-59.
94. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 103.
95. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 117.
96. ASSIS, Araken de. "Substituição processual", p. 12.

Há *legitimação extraordinária* (substituição processual ou legitimação anômala) quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do órgão julgador. *Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito.*

É possível que, nestes casos, o objeto litigioso *também* lhe diga respeito, quando então o legitimado reunirá as situações jurídicas de legitimado ordinário (defende direito *também* seu) e extraordinário (defende direito *também* de outro);[97] é o que acontece, p. ex., com os condôminos, na ação reivindicatória do bem, art. 1.314 do Código Civil. Enfim, *na legitimação extraordinária confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo.*

Há legitimação extraordinária *autônoma* quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. "O contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário".[98] É o caso da administradora de consórcio, que é substituta processual do grupo de consórcio (sociedade não personificada), nos termos do art. 3º da Lei n. 11.795/2008.

Há legitimação extraordinária *subordinada* quando a presença do titular da relação jurídica controvertida no processo é essencial para a regularidade do contraditório. Reserva-se ao legitimado extraordinário a possibilidade de coadjuvar o legitimado ordinário, assumindo "posições processuais acessórias". Trata-se de legitimação extraordinária que autoriza ao terceiro, estranho ao objeto litigioso, a participação no processo como assistente do legitimado ordinário.[99] Normalmente, a legitimação subordinada é atribuída a titular de relação jurídica distinta da que se discute, mas que mantenha nexo de interdependência com esta. O assistente simples é exemplo de legitimado extraordinário subordinado (art. 121, par. ún. CPC).

Em outras situações, a legitimidade subordinada é atribuída ao próprio titular do direito litigioso, como acontece nas hipóteses de *legitimação extraordinária exclusiva*, que são raras, mas existem (ex.: legitimação extraordinária do agente fiduciário para a defesa dos direitos dos *debenturistas*, art. 68, §3º, da Lei n. 6.404/1976); a distinção entre as situações é que, neste último caso, o titular do direito litigioso poderá intervir como assistente litisconsorcial (art. 18, par. ún. CPC)[100] – é hipótese de legitimação ordinária subordinada".

97. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 119-120.
98. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 10.
99. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 10-12. Também assim, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 311.
100. Também assim, antes do CPC atual, ASSIS, Araken de. *"Substituição processual"*, cit., p. 13; DIDIER Jr., Fredie. *Recurso de terceiro*. São Paulo: RT, 2002, p. 105.

A legitimação pode ser também classificada em *exclusiva* e *concorrente*

Há legitimação *exclusiva* quando o contraditório somente puder ser considerado regular e eficazmente formado com a presença de um determinado sujeito de direito – atribui-se o poder jurídico a apenas um sujeito.

Há legitimação *concorrente* ou *colegitimação* quando mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo determinada situação jurídica. Há estreita relação entre o litisconsórcio unitário e a colegitimação. Para que duas ou mais pessoas estejam em juízo, no mesmo polo do processo, discutindo a mesma relação jurídica material (litisconsórcio unitário), é preciso que ambas tenham legitimidade, ou seja, é preciso que sejam colegitimadas. Sobre o litisconsórcio unitário, ver capítulo sobre litisconsórcio, mais à frente.

A legitimação pode também ser classificada em *isolada* ou *simples*, quando o legitimado puder estar no processo sozinho, e legitimação *conjunta* ou *complexa*, quando houver necessidade de formação do litisconsórcio[101]. A legitimação *conjunta* somente pode operar-se no polo passivo, pois não existe o litisconsórcio necessário ativo, como também será examinado adiante, no capítulo sobre o litisconsórcio.

É possível, também, dividir a legitimidade em *total*, quando existir para todo o processo, e *parcial*, quando se relacionar a algum incidente, a "ciertos trámites y fines determinados que no se relacionan con la decisión sobre la litis",[102] como ocorre, por exemplo, com a legitimação passiva do juiz/perito/promotor para a alegação de suspeição ou impedimento.

Finalmente, a legitimidade pode ser dividida em *originária*, verificada à luz da demanda inicial, e *derivada*, que é "decorrente daquela e resultante de situações de sucessão na titularidade do direito alegado no pedido e na qualidade de parte processual".[103] A legitimação extraordinária do alienante da coisa litigiosa, que pode permanecer no processo na defesa do interesse do adquirente, é exemplo de legitimação derivada (art. 109, §1º, CPC).

9.3.3. Substituição processual ou legitimação extraordinária

Parte da doutrina nacional tem por sinônimas as designações "substituição processual" e "legitimação extraordinária".

---

101. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 312. "...a legitimidade ordinária de cada colegitimado está chumbada à dos demais, de modo a só se completar com o concurso de todos os legitimados...". Também assim, ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 119; GRANDA, Piedad González. *El litisconsórcio necesario en el proceso civil*. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 92-93.
102. ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso*. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, p. 262.
103. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 120.

Há, no entanto, quem defenda acepção mais restrita à "substituição processual". Segundo essa corrente, a substituição processual seria apenas uma espécie do gênero "legitimação extraordinária" e existiria quando ocorresse uma efetiva substituição do legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, nos casos de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva ou nas hipóteses de legitimação autônoma concorrente, em que o legitimado extraordinário age em razão da omissão do legitimado ordinário, que não participou do processo como litisconsorte. Nessa linha, não se admite a coexistência de substituição processual e litisconsórcio.[104]

Anotado o apuro técnico, não vemos maiores inconvenientes em que se adotem ambas as expressões como sinônimas e esta é a opção deste *Curso*.

Convém sintetizar as principais características da legitimação extraordinária, além daqueles já examinadas.

São elas.

a) O substituído tem o direito de intervir no processo conduzido pelo substituto. Essa intervenção dar-se-á na qualidade de *assistente litisconsorcial* (art. 18, par. ún., CPC).

b) O substituto processual pode intervir, como assistente litisconsorcial, nas causas de que faça parte o substituído. O par. ún. do art. 996 expressamente permite o recurso de terceiro substituto processual.

c) O legitimado extraordinário atua no processo na qualidade de parte, e não de representante, ficando submetido, em razão disso, ao regime jurídico da parte. Atua em nome próprio, defendendo direito alheio. Há incoincidência, portanto, entre as partes da demanda e as partes do litígio. Em razão disso, é em relação ao substituto que se examina o preenchimento dos requisitos processuais subjetivos.[105] A imparcialidade do magistrado, porém, pode ser averiguada em relação a ambos: substituto ou substituído[106].

d) A substituição processual pode ocorrer tanto no polo passivo[107] quanto no polo ativo da demanda, muito embora as preocupações da doutrina se tenham concentrado na legitimação extraordinária ativa.

A legitimação extraordinária passiva é assunto de muita importância prática. Eis alguns exemplos de aplicação desse instituto:

---

104. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 132-133.

105. CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1985, p. 74; ASSIS, Araken de. "Substituição processual", cit., p. 21.

106. CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*, p. 75; ASSIS, Araken de. "Substituição processual", cit., p. 21; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1972, n. 438, p. 30.

107. FORNACIARI JR., Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 91.

i) no exame da admissibilidade da reconvenção proposta por réu em demanda ajuizada por substituto processual: será admissível a reconvenção se o substituto-autor também tiver legitimidade extraordinária passiva (art. 343, §6º, CPC);

ii) na solução do intrincado problema da legitimidade do substituto processual passivo para alegar as exceções substanciais (contradireitos);[108]

iii) no aprimoramento do interessantíssimo tema das "ações coletivas passivas" (*defendant class action*), que são aquelas em que se afirma a existência de situações jurídicas coletivas passivas (deveres coletivos, por exemplo; ver capítulo sobre processo coletivo passivo no v. 4 deste *Curso*);

iv) na aplicação do instituto consagrado no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil;

v) na solução do litisconsórcio multitudinário passivo, que sói ocorrer em demandas possessórias.

e) Salvo disposição legal em sentido contrário (ver, p. ex., art. 274 do Código Civil,[109] e art. 103 do CDC), a coisa julgada porventura surgida em processo conduzido por legitimado extraordinário estenderá os seus efeitos ao substituído.[110] Trata-se

108. Examinando os dois lados da questão, ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 135; ASSIS, Araken de. "Substituição processual", cit., p. 21.

109. Art. 274 do Código Civil: "O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles.".

110. "O que caracteriza a legitimidade extraordinária, não só no processo, como, também, nos demais campos do direito, é a possibilidade de atos do assim legitimado influírem na esfera patrimonial alheia". (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 128). Também assim: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 502; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1972, n. 438; OLIVEIRA Jr., Waldemar Mariz de Oliveira. *Substituição Processual*. São Paulo: RT, 1971, p. 169; DELGADO, José Augusto. "Aspectos controvertidos da substituição processual". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 47, p. 13; NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 193; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 101; BENEDUZI, Renato Resende. "Legitimidade extraordinária convencional". *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Forum, 2014, n. 86, p. 136. Em sentido diverso, não admitindo a regra de extensão da coisa julgada ao substituído, que somente ocorre em hipóteses específicas, em respeito ao devido processo legal, TALAMINI, Eduardo. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 222-225. Para o autor, alguns critérios devem ser observados para que haja essa extensão: "(i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído...; (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, deveria ter) ciência do processo em que ocorria substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja, (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente". (ob. cit., p. 223-224) Também assim, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1992, p. 302.

da principal utilidade da substituição processual. É, portanto, situação que relativiza o art. 506 do CPC.[111]

Aliás, ressalvadas as situações em que o legitimado extraordinário também possui legitimação ordinária, os efeitos da decisão judicial repercutirão diretamente apenas na esfera jurídica do substituído, embora o substituto fique submetido ao que foi decidido. Ao substituto, no entanto, não escaparão as consequências da sucumbência, ficando, assim, responsável por custas e honorários advocatícios[112].

f) O substituto processual também pode ser sujeito passivo de sanções processuais, como a punição pela litigância de má-fé,[113] e de medidas coercitivas, como a multa judicial.

g) Quanto aos poderes processuais, o substituto processual tem, ordinariamente, apenas aqueles relacionados à gestão do processo, não lhe sendo atribuídos poderes de disposição do direito material discutido. "Parece correto atribuir ao substituto a alegação de todas as exceções e defesas intrínsecas ao alcance da substituição".[114] A lei, ou o negócio jurídico, contudo, poderá aumentar ou diminuir o rol destes poderes.

h) A inexistência de legitimação extraordinária não leva à resolução do mérito da causa, conforme apontado acima. Trata-se de análise puramente do direito de condução do processo, sem que haja investigação dos fundamentos da demanda.[115] Há rejeição da demanda por inadmissibilidade, na forma do art. 485, VI, do CPC.

Por isso a legitimação extraordinária é claramente um requisito de validade do processo.

Sempre que possível, deve o órgão jurisdicional, em vez de extinguir o processo em razão da falta de legitimação extraordinária, tentar proceder à sucessão processual, com a troca do sujeito por alguém que seja legitimado (ordinário ou extraordinário). Com isso, prestigia-se a decisão de mérito. Aplica-se, por analogia, o regramento já existente no âmbito do processo coletivo (art. 5º, §3º, da Lei n. 7.347/1985).

---

111. Para Leonardo Greco, a coisa julgada, oriunda de processo conduzido por substituto processual, somente se estende ao substituído *secundum eventum litis* e *in utilibus* (*Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41).

112. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 134; ASSIS, Araken de. *"Substituição processual"*, p. 22. Ver, porém, art. 18 da Lei n. 7.347/1985: "Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado".

113. ASSIS, Araken de. *"Substituição processual"*, p. 22.

114. ASSIS, Araken de. *"Substituição processual"*, p. 21.

115. "Ninguém se atreverá a reputar respeitante ao mérito eventual juízo quanto à inexistência, em determinado caso concreto, do título legal para alguém pleitear em juízo direito alheio". (ASSIS, Araken de. *"Substituição processual"*, p. 10).

9.3.4. Fonte normativa da legitimação extraordinária

9.3.4.1. Generalidades

A legitimação extraordinária deve ser encarada como algo excepcional e deve decorrer de autorização do *ordenamento jurídico* (art. 18 do CPC) – não mais da "lei" como exigia o art. 6º do CPC-73[116].

O CPC atual adotou antiga lição doutrinária[117], segundo a qual seria possível a atribuição de *legitimação extraordinária* sem previsão expressa na lei, desde que seja possível identificá-la no *ordenamento jurídico*, visto como sistema. A inspiração legislativa é clara e merece registro.

Além dos exemplos já citados, há outros inúmeros casos de legitimação extraordinária que decorrem da lei: *i)* legitimação para as ações coletivas (art. 5º da Lei n. 7.347/1985; art. 82 do CDC); *ii)* legitimação para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, CF/1988); *iii)* legitimação para impetração do mandado de segurança do terceiro titular de direito líquido e certo que depende do exercício do direito por outrem (art. 3º, Lei n. 12.016/2009); *iv)* legitimação do *denunciado à lide* para defender os interesses do denunciante em relação ao adversário comum (arts. 127-128, CPC); *v) legitimação* do Ministério Público para o ajuizamento de ação de investigação de paternidade (art. 2º, §4º, Lei n. 8.560/1992); *vi)* legitimação do capitão do navio para pedir arresto, com o objetivo de garantir o pagamento do frete (art. 527 do Código Comercial); *vi)* legitimação do credor e do Ministério Público para propor ação revocatória falimentar – substituem a massa falida (art. 132 da Lei n. 11.101/2005); *vii)* legitimação para impetração do *habeas corpus* (art. 654 do Código de Processo Penal); *viii)* legitimação do credor solidário para a ação de cobrança ou de execução da obrigação solidária (art. 267 do Código Civil); *ix)* no processo de dissolução parcial de sociedade, se todos os sócios forem citados, a sociedade não será citada, mas fica submetida à coisa julgada (art. 601, par. ún., CPC) – há uma legitimação extraordinária passiva conjunta de todos os sócios, em defesa dos interesses da sociedade etc.

Sob a vigência do CPC-1973, era pacífico o entendimento de que não se admitia *legitimação extraordinária de origem negocial*:[118] por um negócio jurídico, não se po-

116. Art. 6º, CPC-1973: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

117. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 426; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre o problema da efetividade do processo". *Temas de Direito Processual Civil – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33, nota 7. ZANETI Jr., Hermes. "A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico". In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Coord.). *Direito Civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 859-866; NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 190.

118. ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. "Impossibilidade de substituição processual voluntária face ao Código de Processo Civil". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1977, n. 5, p. 215-225; NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. *Código*

deria atribuir a alguém a legitimação para defender interesses de outrem em juízo. Isso porque o art. 6º do CPC-1973 reputava a lei, e apenas ela, a fonte normativa de legitimação extraordinária.

A situação agora parece ser diferente.

O art. 18 do CPC exige, para atribuição da legitimação extraordinária, autorização do "ordenamento jurídico", e não mais da lei. Não bastasse isso, o art. 190 do CPC consagrou a atipicidade da negociação sobre o processo – o tema é tratado no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais.

9.3.4.2. A legitimação extraordinária negocial

Negócio jurídico é fonte de norma jurídica e, por isso mesmo, também compõe o *ordenamento jurídico*[119]. *Negócio jurídico pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária.*

Este negócio jurídico é processual, pois atribui a alguém o poder de conduzir validamente um processo.

Não há qualquer obstáculo normativo *a priori* para a *legitimação extraordinária de origem negocial*. E, assim sendo, o direito processual civil brasileiro passa a permitir a *legitimação extraordinária atípica*, de origem negocial.

Mas é preciso fazer algumas considerações.

Em primeiro lugar, a solução do problema é diversa, se se tratar de legitimação extraordinária ativa ou passiva.

a) A negociação sobre legitimação extraordinária ativa é mais simples e não exige nenhum outro requisito, além dos exigidos para os negócios processuais em geral.

A negociação pode ser para *transferir* ao terceiro a *legitimidade* ou apenas para *estender* a ele essa legitimidade.

É possível a *ampliação da legitimação ativa*, permitindo que terceiro *também* tenha legitimidade para defender, em juízo, direito alheio. Cria-se, aqui, uma *legitimação extraordinária concorrente*.

É possível, também, negociação para *transferir* a *legitimidade ad causam* para um terceiro, sem transferir o próprio direito, permitindo que esse terceiro possa ir a juízo, em nome próprio, defender direito alheio – pertencente àquele que lhe atribui

---

de Processo Civil comentado. 11ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 190; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 101.

119. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.) 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 284-290; PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Normas jurídicas individualizadas – teoria e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 21-24; 35-43.

negocialmente a legitimidade extraordinária. Nesse caso, teremos uma *legitimação extraordinária exclusiva decorrente de um negócio jurídico:* somente esse terceiro poderia propor a demanda. Não há óbice algum: se o titular do direito pode transferir o próprio direito ao terceiro ("pode o mais"), pode transferir apenas a legitimidade *ad causam*, que é uma situação jurídica que lhe pertence ("pode o menos").

Essa transferência implica verdadeira renúncia dessa posição jurídica, por isso há de ser interpretada restritivamente (art. 114 do Código Civil). Assim, no silêncio, o negócio há de ser interpretado como se o sujeito apenas quisesse *estender* a legitimação ativa, e não transferi-la.

A negociação assumirá nuances diversas, se se tratar de *legitimação* para a defesa de *direito relativo* (sujeito passivo determinado; direito de crédito, por exemplo) ou para a defesa de *direito absoluto* (sujeito passivo indeterminado; propriedade intelectual, por exemplo).

No primeiro caso, é razoável aplicar, por analogia, algumas regras sobre a cessão de crédito (arts. 286-296, Código Civil). Não apenas pelo *dever de informar*, dever anexo decorrente do princípio da boa-fé contratual. Em certa medida, a transferência da legitimidade para cobrar a prestação devida é uma transformação do conteúdo de um contrato: fez-se o negócio com a informação de que *determinada* pessoa, e apenas ela, iria a juízo discutir eventual inadimplemento.

Assim, a atribuição negocial de legitimação extraordinária é ineficaz em relação ao futuro réu, se este não for notificado; "mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita" (art. 290 do Código Civil, aplicado por analogia). Aceita-se, ainda, qualquer meio de prova da notificação[120]; o que o art. 290 do Código Civil faz é presumi-la nesses casos. Demais disso, todas as defesas que o réu poderia opor ao *legitimado ordinário* poderá opor ao legitimado extraordinário negocial (art. 294 do Código Civil, aplicado por analogia)[121]. O futuro réu tem o direito de ser cientificado do negócio, embora não faça parte dele nem precise autorizá-lo.

No caso de legitimação extraordinária para *direitos absolutos*, não há qualquer necessidade de notificação do futuro réu, que, de resto, é desconhecido, pois será aquele que vier a praticar o ilícito extracontratual. O réu não faz parte do negócio processual e nem precisa dele tomar ciência. Até porque não se sabe quem será o réu. Aquele que violar o direito absoluto poderá ser demandado por quem tenha legitimação para tanto, ordinária ou extraordinária.

120. Como bem apontou Antonio do Passo Cabral, em conversa travada com o autor.

121. Art. 294 do Código Civil: "O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente".

Um exemplo pode ajudar. Imagine uma negociação empresarial em que uma sociedade transfere para outra sociedade a totalidade da sua participação societária em uma terceira sociedade (objeto do negócio). Mas não há transferência da titularidade das patentes de que essa terceira sociedade (objeto do negócio) era proprietária. Embora não transfira a propriedade das patentes, a vendedora atribui à compradora a legitimidade de defender essas patentes em juízo. *Legitimação extraordinária*, portanto: a empresa compradora defenderá em juízo as patentes da empresa vendedora[122].

Outro exemplo. Nos Juizados Especiais, o comparecimento do autor, à audiência de conciliação, é obrigatório; se o autor não comparecer, o processo é extinto sem exame do mérito (art. 51, I, Lei n. 9.099/1995). Há pessoas que têm sérias dificuldades de comparecer à audiência de conciliação, mas são obrigadas a isso. Basta pensar em pessoas idosas, ou muito doentes, ou com dificuldades de locomoção, ou cuja profissão exige viagens constantes etc. É comum que pessoas muito doentes se valham dos Juizados para obter providência de urgência relacionada ao direito à saúde; ela está acamada e não tem como comparecer à audiência; muita vez a solução é simplesmente adiar *sine die* a realização da audiência, tudo para cumprir o disposto na Lei dos Juizados, que, nesse aspecto, dificulta o acesso à justiça. *Pois a legitimação extraordinária negocial resolveria esse problema*: o legitimado extraordinário não só compareceria à audiência, como autor, como também conduziria todo o restante do processo.

Mais um exemplo. Contrato de alienação de imóvel. O alienante se compromete a propor ação reivindicatória desse imóvel em face de um atual ocupante. Com a alienação, a propriedade se transfere e, assim, a legitimação ordinária do alienante desparece. Cogita-se, então, que, no contrato de alienação, o adquirente atribua ao alienante a legitimação extraordinária para a propositura dessa ação real[123].

É importante lembrar: o negócio é para a transferência de legitimação *ad causam* ativa. Não se cuida de *transferência do direito* – não se trata, portanto, de *cessão de crédito*. Não há transferência da situação jurídica material, enfim.

b) Bem diferente é a atribuição negocial de legitimação extraordinária passiva.

Não pode o futuro réu *transferir* sua legitimação passiva a um terceiro. Ou seja, não pode o réu, permanecendo titular de uma situação jurídica passiva (um

122. Ao que parece, foi isso o que aconteceu na venda da Motorola pelo Google à Lenovo: Google ficou com as patentes da Motorola, mas permitiu que a Lenovo, que passaria a ser dona da Motorola, pudesse defendê-las em juízo (http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/google-apple-o-resto-11495305?topico=pedro-doria.)

123. BENEDUZI, Renato Resende. "Legitimidade extraordinária convencional". *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Forum, 2014, n. 86, p. 138.

dever obrigacional, por exemplo), atribuir a um terceiro a legitimação para defender seus interesses em juízo. Seria uma espécie de *fuga* do processo, ilícita por prejudicar o titular da situação jurídica ativa (o futuro autor). *Não se admite que alguém disponha de uma situação jurídica passiva por simples manifestação de sua vontade*[124].

Nada impede, porém, que o futuro autor participe desse negócio processual e concorde com a atribuição de legitimação extraordinária passiva a um terceiro. Preenchidos os requisitos gerais da negociação processual, não se vislumbra qualquer problema: o sujeito concordou em demandar contra esse terceiro, que defenderá em juízo interesses de alguém que concordou em lhe atribuir essa legitimação extraordinária. Aplica-se aqui, por analogia, a regra da assunção de dívida, permitida com a concordância expressa do credor (art. 299 do Código Civil)[125].

Pode o futuro réu, no entanto, *ampliar* a legitimação passiva, atribuindo a terceiro legitimação extraordinária para defender seus interesses em juízo. Nesse caso, não há qualquer prejuízo para o autor, que nem precisa ser notificado dessa negociação. Isso porque, havendo *legitimação passiva concorrente*, escolherá o autor contra quem quer demandar. A ampliação dos legitimados passivos somente beneficia o autor. A notificação do futuro autor é, na verdade, um ônus do futuro réu: é do seu interesse que o futuro autor saiba que pode propor a demanda contra uma terceira pessoa.

> Um exemplo. Pode o locador atribuir à administradora do imóvel, com quem mantém contrato, a legitimação extraordinária para também poder ser ré em ação de revisão do valor dos alugueres ou de ação renovatória.
>
> *Outro exemplo.* Uma sociedade empresária adquire outra. Os alienantes responsabilizam-se pelas condenações impostas à sociedade alienada, mesmo após a alienação. Em razão disso, alienantes e adquirentes resolvem atribuir aos alienantes a legitimidade extraordinária para defender os direitos da sociedade, mesmo após a venda – atribuição de legitimidade bem interessante e útil, pois as alienantes, como responsáveis, poderão, ao defender os interesses da sociedade alienada, evitar futura responsabilização[126]. Note que, no caso, há *ampliação da legitimação passiva.*

124. Em sentido diverso, para quem é possível a transferência da legitimação passiva, desde que haja prévia e simples comunicação ao adversário, BENEDUZI, Renato Resende. "Legitimidade extraordinária convencional". *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Forum, 2014, n. 86, p. 134.

125. Art. 299 do Código Civil: "É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava".

126. BENEDUZI, Renato Resende. "Legitimidade extraordinária convencional". *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Forum, 2014, n. 86, p. 138.

A ampliação da legitimação passiva, com a atribuição de legitimação extraordinária a um terceiro, não permite que qualquer dos possíveis réus, uma vez demandado, *chame ao processo* (arts. 130-132, CPC) o outro legitimado. Há, aqui, apenas colegitimação; não há, nesse caso, solidariedade passiva na obrigação discutida.

É importante lembrar: o negócio é para *ampliação* de legitimação *ad causam* passiva. Não se cuida de *transferência da dívida* – não se trata, portanto, de *assunção de dívida*. Não há transferência da situação jurídica material, enfim.

c) Nada impede que os contratantes insiram no contrato cláusula que vede a transferência ou ampliação da legitimação *ad causam*.

d) Legitimação extraordinária negocial não é novidade em nossa história.

No CPC-1939 havia uma hipótese *típica* de negócio processual, em que se atribuía a alguém a legitimação extraordinária para a defesa de direito de outrem em juízo. Isso acontecia no *chamamento à autoria*. Uma parte convocava um terceiro para sucedê-la em juízo; se esse terceiro aceitasse essa provocação, haveria sucessão processual: eis o negócio processual.

O *chamamento à autoria* era espécie de intervenção de terceiro que existia à época. A parte chamava o terceiro que lhe havia transferido a coisa ou o direito real, que era objeto do processo; se esse *terceiro-chamado* aceitasse o chamamento, assumiria a causa, no lugar do *chamante*, para defender os interesses deste em juízo. O chamamento à autoria poderia redundar, então, em uma sucessão processual, com a troca de sujeitos do processo, transformando-se o terceiro em parte para a defesa dos interesses da parte que provocou a sua intervenção (art. 95, §1º, e art. 97, CPC-1939)[127].

A situação aí era ainda mais grave, pois, feito o chamamento pelo réu, o autor era *obrigado* a demandar contra o legitimado extraordinário passivo (chamado), caso ele aceitasse o chamamento à autoria (art. 97, *parte inicial*, CPC-1939).

e) A atribuição de legitimação extraordinária negocial, durante o processo já instaurado, somente é possível com a concordância de ambas as partes. Isso porque haveria sucessão processual, caso houvesse a mudança negocial do legitimado. Esse fenômeno está regulado pelo art. 109 do CPC, que exige o consentimento de todos.

127. Art. 95 do CPC/1939: "Aquele que demandar ou contra quem se demandar acerca de coisa ou direito real, poderá chamar à autoria a pessoa de quem houve a coisa ou o direito real, afim de resguardar-se dos riscos da evicção. §1º Se for o autor, notificará o alienante, na instauração do juízo, para assumir a direção da causa e modificar a petição inicial." Art. 97 do CPC/1939: "Vindo a juízo o denunciado, receberá o processo no estado em que este se achar, e a causa com ele prosseguirá, sendo defeso ao autor litigar com o denunciante".

9.3.5. Substituição processual e sucessão processual

Não se pode confundir a *substituição processual* com a *sucessão processual*. Há *sucessão processual* quando um sujeito sucede outro no processo, assumindo a sua posição processual. Há uma troca de sujeitos no processo, uma mudança subjetiva da relação jurídica processual. Na *substituição processual*, não há troca de sujeitos; na verdade, não há qualquer alteração da relação processual. Ocorre que um sujeito tem o poder (legitimidade) de estar legitimamente em um processo defendendo interesse de outrem.

A *sucessão processual* pode dar-se em razão da morte (art. 110, CPC), assumindo a posição processual o espólio ou os herdeiros do *de cujus*. Também há *sucessão processual* quando ocorre *incorporação* de uma pessoa jurídica por outra, assumindo aquela que incorporou, ou *fusão* de pessoas jurídicas, gerando uma nova pessoa jurídica que assumirá a posição processual daquela que se extinguiu.

A *sucessão processual* também pode ocorrer *voluntariamente*, no caso de *alienação da coisa litigiosa* (art. 109 do CPC), na qual o adquirente/cessionário pode *suceder* o alienante/cedente, caso consinta a parte adversária.

9.3.6. Substituição processual e representação processual

Não se pode confundir, ainda, a *substituição processual* com a *representação processual*.

Há *representação processual* quando um sujeito está em juízo em nome alheio defendendo interesse alheio. O *representante processual* não é parte; parte é o representado. Note que o *substituto processual* é parte; o *substituído* não é parte processual, embora os seus interesses jurídicos estejam sendo discutidos em juízo. O substituto processual age em *nome próprio* defendendo *interesse alheio*. O *representante processual* atua em juízo para suprir a incapacidade processual da parte.

Em uma ação de alimentos proposta por um filho incapaz, o pai ou mãe pode ser o seu *representante processual*. A parte é o incapaz; o pai ou a mãe pode ser apenas o seu representante, e não o seu substituto processual.

9.3.7. Legitimidade ordinária como questão de mérito

Ao demandar, a parte afirma uma situação jurídica material, que comporá o mérito do processo. De duas, uma: *a)* ou a parte afirma ser titular, isolada ou conjuntamente, da situação jurídica litigiosa; *b)* ou a parte afirma situação jurídica litigiosa pertencente a outro sujeito de direito.

Não há uma terceira situação possível.

No *primeiro* caso (*a*), está-se diante da *legitimação ordinária*.

Também aqui, de duas, uma:

i) ou a afirmação é procedente, e aí a parte será reconhecida como titular da situação jurídica litigiosa e o mérito da causa, examinado, o que não significa necessariamente que estará sendo resolvido: é que nem sempre basta o reconhecimento da titularidade do direito afirmado para que a vitória seja alcançada, pois a outra parte pode ter um contradireito, como a prescrição, que neutraliza a eficácia da pretensão material do autor. *A legitimidade ordinária é pressuposto para o acolhimento do pedido, não para o seu exame.*

ii) ou a afirmação é improcedente, quando então o órgão jurisdicional declarará que a situação jurídica litigiosa *não* lhe pertence. Se a parte *não* for titular da situação jurídica litigiosa, a decisão é necessariamente de mérito: o órgão jurisdicional examina o mérito da causa (situação jurídica litigiosa), para reconhecer que a parte não titulariza a posição jurídica afirmada (a posição de credor ou possuidor, por exemplo). O juiz resolverá o mérito da causa, julgando improcedente o pedido formulado (art. 487, I, CPC). O juiz decidirá que *aquela determinada situação litigiosa* não pertence àquela parte – o que não significa, obviamente, que não possa pertencer a outra pessoa.

> Um exemplo. João propõe ação possessória, afirmando-se titular de direito à proteção da posse. Se o juiz reconhece que ele *não é titular de direito à proteção da posse*, estará decidindo o mérito da causa, julgando improcedente o pedido formulado.
>
> Outro exemplo. José propõe ação de cobrança, afirmando-se titular de direito de crédito. Se o órgão jurisdicional reconhece que ele *não é titular do direito de crédito*, estará decidindo o mérito da causa, julgando improcedente o pedido formulado.
>
> Mais um exemplo. Antonio pleiteia verba de natureza trabalhista, afirmando-se empregado do réu. Se o órgão jurisdicional reconhece que ele *não é titular do direito trabalhista*, estará decidindo o mérito da causa, julgando improcedente o pedido formulado, por não ser ele empregado[128].

Em todas as situações, há decisão de mérito, indiscutivelmente.

Não é esse, porém, o entendimento majoritário na doutrina brasileira.

Costuma-se seguir a tradição do pensamento de Enrico Tullio Liebman[129], que procura separar a análise da legitimidade *ad causam* da análise do mérito da causa.

---

128. OLIVEIRA, Milton Moreira de. "Inexistência da Relação de Emprego: Carência ou Improcedência da Ação." *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba: Forense, 1984, n. 42, p. 57-86.
129. LIEBMAN, Enrico Tullio. "O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito". Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, n. 104.

O inciso VI do art. 485 do CPC prescreve que a *ilegitimidade* é caso de extinção do processo sem resolução do mérito. Na prática, a tentativa se revelou vã, ao menos nos casos de *legitimação ordinária*: a distinção é impossível e, por isso, o réu, ao afirmar a *"ilegitimidade do autor, por não ser credor"*, em seguida afirma a *"improcedência do pedido do autor, já que ele não tem o crédito que postula"*. Ou seja, diz-se a mesma coisa, com palavras diversas.

> Lembra Luiz Guilherme Marinoni "o verdadeiro pânico que toma conta dos operadores jurídicos quando se defrontam com casos como o da ação reivindicatória, na qual o juiz, após a instrução, verifica que o autor não é proprietário."
>
> O que deveria o magistrado, nestas situações, fazer? Extinguir o processo sem resolução do mérito, por ilegitimidade, tal como a letra do inciso VI do art. 485 do CPC recomenda, ou julgá-lo improcedente, porque o autor não tem o direito material afirmado?
>
> "Podemos dizer, sem medo de errar, que a teoria que aceita que o caso é de carência de ação está muito mais perto do concretismo do que pode imaginar"[130].

No *segundo* caso (*b*), está-se diante da *legitimação extraordinária*. Também aqui, de duas, uma:

i) ou a afirmação é procedente, e aí a parte será reconhecida como legitimada para a condução válida daquele processo, sem que com isso o órgão jurisdicional precise fazer qualquer consideração sobre a situação jurídica litigiosa, o mérito da causa. O juiz se limita a dizer que foi preenchido um requisito para que ele possa examinar o que foi pedido; uma barreira processual terá sido vencida. *Não há, aqui, decisão de mérito.*

ii) ou a afirmação é improcedente, quando então o órgão jurisdicional declarará que a parte não tem autorização para a condução do processo em que se discute *aquela determinada* situação jurídica litigiosa; também aqui, não há decisão sobre a situação litigiosa, que não foi examinada. O juiz se limita a dizer que o pedido não poderá ser examinado, pois quem o formulou não poderia tê-lo feito. *Não há, igualmente, decisão de mérito.*

Enfim, o inciso VI do art. 485, CPC, que autoriza a extinção do processo *sem resolução do mérito*, por ausência de legitimidade, deve ser compreendido como se dissesse respeito apenas à falta de legitimidade extraordinária, pois a falta de

130. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 211. Considerando a alegação de inexistência de vínculo empregatício como de mérito, e não de admissibilidade (ilegitimidade para agir), OLIVEIRA, Milton Moreira de. "Inexistência da Relação de Emprego: Carência ou Improcedência da Ação." *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba: Forense, 1984, n. 42, p. 57-86.

legitimidade ordinária equivale à não titularidade do direito discutido, hipótese clara de improcedência do pedido nos termos do inciso I do art. 487 do CPC.

9.4. O interesse de agir

9.4.1. Generalidades

O interesse de agir é requisito processual que deve ser examinado em duas dimensões: *necessidade* e *utilidade* da tutela jurisdicional.

> Há quem acrescente, ainda, uma *terceira* dimensão: a "adequação do remédio judicial ou procedimento" como elemento necessário à configuração do interesse de agir. Não se adota essa posição, pois procedimento é dado estranho à análise da demanda e, ademais, eventual equívoco na escolha do procedimento é sempre sanável[131], o que não é possível nos casos de falta de utilidade ou de necessidade.

O interesse de agir é um requisito processual *extrínseco positivo*: é fato que deve existir para que a instauração do processo se dê validamente. Se por acaso faltar interesse de agir, o pedido não será examinado.

Ambas as dimensões devem ser examinadas à luz da situação jurídica litigiosa submetida a juízo[132] – especificamente, ao menos no caso da necessidade, na causa de pedir remota[133].

A constatação do interesse de agir faz-se, sempre, *in concreto*, à luz da situação narrada no instrumento da demanda. Não há como indagar, em abstrato, se há ou não interesse de agir, pois ele sempre estará relacionado a uma determinada demanda judicial.

O conceito de interesse de agir é um conceito *jurídico fundamental*, e não jurídico-positivo, "exatamente porque não decorre de um específico ordenamento jurídico, não variando de acordo com as definições empregadas por cada sistema normativo, sendo, ao contrário, uniforme e constante em todos os ordenamentos. Se sua inobservância acarretará a extinção do processo sem ou com julgamento de mérito, é problema que, realmente, será disciplinado por cada ordenamento jurídico. Só que tal problema se insere no âmbito dos efeitos, das consequências, dos consectários da ausência do interesse de agir, não dizendo respeito ao seu conceito".[134] Trata-se de conceito formulado pela ciência jurídica processual[135].

---

131. Adota a concepção tripartite do interesse de agir DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. I, p. 302-303.
132. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. I, p. 155.
133. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no direito processual civil brasileiro, cit.*, p. 173.
134. CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 80-81.
135. CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Interesse de agir na ação declaratória*, cit., p. 81.

Cabe distinguir, antes de examinar os aspectos do interesse de agir, o interesse substancial do interesse processual.

O interesse processual "se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente".[136]

9.4.2. O interesse-utilidade

Há *utilidade* sempre que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; sempre que o processo puder resultar em algum proveito ao demandante.

A providência jurisdicional reputa-se útil na medida em que, "por sua natureza, verdadeiramente se revele – sempre em tese – apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente".[137] Explica Cândido Dinamarco: "Sem antever no provimento pretendido a capacidade de oferecer essa espécie de vantagem a quem o postula, nega-se a ordem jurídica a emiti-lo e, mais que isso, nega-se a desenvolver aquelas atividades ordinariamente predispostas à sua emissão (processo, procedimento, atividade jurisdicional)".[138]

É por isso que se afirma, com razão, que há falta de interesse processual quando não mais for possível a obtenção daquele resultado almejado – fala-se em "perda do objeto" da causa. É o que acontece, p. ex., quando o cumprimento da obrigação se deu antes da citação do réu – se o adimplemento se deu após a citação, o caso não é de perda do objeto (falta de interesse), mas de reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, "a", CPC).

Também falta utilidade na execução, quando o valor do crédito exequendo, de tão ínfimo, for absorvido pelas custas do processo de execução (art. 836, do CPC).

O legislador brasileiro admite haver interesse-utilidade na pretensão processual à simples declaração (art. 19, CPC), mesmo quando já for possível o ajuizamento de ação condenatória (art. 20, CPC), conforme examinado no capítulo sobre a teoria da ação.

---

136. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. I, p. 154-155.
137. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ação declaratória e interesse". *Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 17; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. I, p. 155.
138. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, p. 402.

9.4.3. O interesse-necessidade e as ações necessárias

O exame da "necessidade da jurisdição" fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito.

Esse pensamento só é correto, entretanto, para as situações em que se pretende exercitar, pelo processo, direitos a uma prestação (obrigacionais, reais e personalíssimos), pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação. Perceba-se, ainda, que a pretensão penal somente pode ser exercitada pelo processo. Se não houver meios para a satisfação voluntária, há necessidade da jurisdição[139].

> No julgamento do RE n. 631.240, em 27.08.2014, o STF entendeu que é necessário o prévio requerimento administrativo antes de o segurado recorrer à justiça para a concessão de benefício previdenciário. Sem esse prévio requerimento, faltaria interesse de agir. Se o requerimento administrativo for negado, total ou parcialmente, bem como quando não for apreciado pelo INSS no prazo de quarenta e cinco dias, poderá o segurado propor a ação perante o Judiciário. O STF não exige o esgotamento administrativo da controvérsia, mas exige o prévio requerimento, nos termos do voto do relator, Min. Roberto Barroso: "Negado o benefício, não há impedimento ao segurado para que ingresse no Judiciário antes que eventual recurso seja examinado pela autarquia". O STF, contudo, considerou não haver necessidade de formulação de requerimento administrativo prévio para que o segurado ingresse judicialmente com pedidos de revisão de benefícios, a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato. Acrescentou ainda que a exigência de requerimento prévio também não se aplica nos casos em que a posição do INSS seja notoriamente contrária ao direito postulado.
>
> A 2ª Seção do STJ, ao apreciar, de acordo com procedimento de recursos repetitivos, o REsp n. 1.349.453-MS, **Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 10.12.2014, DJe 2.2.2015, decidiu "a propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes,** *a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável* **e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária".**

Há, no entanto, as chamadas "ações constitutivas necessárias": são demandas em que se afirma um direito que somente pode ser realizado em juízo, já que o bem da vida ou o estado jurídico que se pretende obter somente pode ser alcançado por intermédio do Poder Judiciário. Por exemplo: a interdição de uma pessoa somente pode ser decretada pelo Poder Judiciário; a ação de interdição é, por isso, uma ação necessária.

139. Identificou o ponto, com precisão, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 397-398.

É o que acontece, ainda, com boa parte das hipóteses de jurisdição voluntária,[140] com as ações de anulação de contrato, falência,[141] rescisória de sentença etc. Nesses casos, o exame da "necessidade", para a verificação do interesse, é dispensável, pois está *in re ipsa*.[142] Nas ações necessárias, há presunção absoluta da necessidade de ir a juízo.

Nas ações "condenatórias" (consideradas como todas aquelas em que se busca a certificação e efetivação de uma determinada prestação), o autor deve afirmar a existência do fato constitutivo do seu direito (causa ativa), bem como do fato violador desse direito – para a configuração do interesse, basta a afirmação da lesão, pois a verificação da sua existência é questão de mérito.[143] Se se tratar de ação preventiva, anterior à violação, é necessário alegar, além do fato constitutivo do direito, a ameaça/risco/perigo de violação a esse direito.

Nas ações constitutivas não necessárias, o autor deve afirmar o direito à modificação jurídica que se pretende efetivar; ou seja, o autor deve afirmar a existência de um direito potestativo e a necessidade de efetivá-lo através da atuação do Poder Judiciário.

Sobre o exame da *necessidade* nos casos em que o legislador exige o esgotamento administrativo da controvérsia, ver o item sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, no capítulo respectivo, neste volume do *Curso*.

9.4.4. Interesse de agir nas ações declaratórias

Os maiores problemas relacionados ao interesse de agir concentram-se no estudo da ação meramente declaratória[144].

O legislador brasileiro admite haver interesse-utilidade na pretensão à simples declaração (ações meramente declaratórias), quando o que se busca é apenas a obtenção da certeza jurídica (com a coisa julgada material), nas hipóteses de

---

140. "Na jurisdição voluntária, (...) o interesse de agir decorreria normalmente da própria lei que subordina a validade ou a eficácia de um ato da vida privada ao conhecimento, à homologação, autorização ou aprovação judicial, impedindo que o requerente alcance o objetivo jurídico almejado sem a concorrência da cognição ou da vontade estatal manifestadas através do órgão jurisdicional". (GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 34-35).

141. Corretamente identificando a falência como ação constitutiva necessária, CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 87.

142. "Em casos assim, o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material. (...) As pretensões necessariamente sujeitas a exame judicial para que possam ser satisfeitas são aquelas que se referem a direitos e interesses regidos por normas de extrema indisponibilidade" (CINTRA, Antônio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31). Ver, também, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 174.

143. Também assim, CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 88.

144. Sobre o tema, amplamente, CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 227-229; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002; SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A antecipação da tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p.85-91.

controvérsia quanto à existência (ou modo de ser) de relação jurídica ou autenticidade ou falsidade de documento (art. 19, CPC).

Cabe ao demandante demonstrar a necessidade de intervenção do Judiciário, em razão da controvérsia concreta (dúvida) que se estabelece sobre a existência de uma situação jurídica. O interesse de agir revela-se na existência de incerteza quanto à situação jurídica (ou à autenticidade do documento) que se busca declarar. Se a incerteza nem for afirmada pelo autor, o processo deve ser extinto sem exame do mérito – antes, porém, o autor deve ser intimado para corrigir a petição inicial.

> Se o autor não afirma a incerteza, mas o réu é citado e nega a existência da relação jurídica (na declaratória positiva) ou afirma a existência dela (na declaratória negativa), o problema desaparece e o mérito do processo deverá ser examinado[145].

Não é simples, porém, a solução do problema da falta de interesse de agir na ação declaratória. O tema foi examinado longamente por José Roberto dos Santos Bedaque[146]

Se, no caso de uma ação declaratória *positiva*, o réu limita-se a negar a existência de controvérsia – sem negar a existência da relação jurídica que se busca declarar –, surge a dúvida sobre qual seria a melhor solução para o problema.

Em uma interpretação mais rigorosa, uma vez comprovada a assertiva do réu, poder-se-ia afirmar a inexistência de interesse de agir, o que levaria o processo a ser extinto sem exame do mérito (art. 485, VI, CPC). Ou talvez à improcedência, tendo em vista a inexistência do *direito ao reconhecimento da situação jurídica*. Não parece ser essa a melhor solução: se não há dúvida sobre a relação jurídica, deve o juiz declará-la existente, evitando, com isso, futuros questionamentos – note que o réu reconheceu a existência da relação jurídica, afirmando, inclusive, que jamais a havia questionado. Mas como não conseguiu demonstrar a necessidade da intervenção jurisdicional, deve o autor arcar com as verbas da sucumbência – pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios[147].

Se a relação jurídica que se busca declarar existe, também existe o direito ao reconhecimento, que dela é conteúdo. Assim, realmente, a solução mais justa é o julgamento de procedência do pedido, com a condenação do autor ao pagamento das verbas da sucumbência.

---

145. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo Malheiros Ed., 2009, p. 318.

146. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo Malheiros Ed., 2009.

147. Adere-se à solução de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo Malheiros Ed., 2009, p. 318. Também neste sentido, BOMFIM, Daniela Santos. *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, p. 148-149.

O raciocínio é semelhante para a ação declaratória *negativa*: se o réu negar a controvérsia, reconhecendo a inexistência da relação jurídica, deve o juiz julgar procedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das verbas da sucumbência.

9.4.5. O denominado interesse-adequação

A polêmica sobre o interesse-adequação resume-se na pergunta feita por José Orlando Rocha de Carvalho: "adequação é forma ou demonstração de interesse?"[148] Sobre o tema, convém transcrever a clássica observação que Barbosa Moreira fez a Cândido Dinamarco, quando este defendia oralmente a sua tese de livre-docência, a respeito do equívoco de analisar o interesse processual a partir da adequação:

> "Aberra até do bom-senso afirmar que uma pessoa não tem interesse em determinada providência só porque se utilize da via inadequada. Pode inclusive acontecer que a própria escolha da via inadequada seja uma consequência do interesse particularmente intenso; se alguém requer a execução sem título, não será possível enxergar-se aí uma tentativa, ilegítima embora, de satisfazer interesse tão-premente, aos olhos do titular, que lhe pareça incompatível com os incômodos e delongas da prévia cognição? Seria antes o caso de falar em excesso do que em falta de interesse..."[149]

Ademais, adequação "é termo que não guarda qualquer correlação com o vocábulo interesse. (...) Em que sentido a adequação poderia criar interesse para alguém? Poderia existir interesse apenas porque existe adequação? Até que ponto a falta de adequação pode indicar, ou presumir, falta de interesse de agir?" [150]

Fala-se que o autor deve indicar o procedimento e o tipo de decisão adequados àquilo que pretende.

Em relação à adequação do provimento (do pedido) ao fim almejado, a situação ou é: a) de impossibilidade jurídica de acolhimento do pedido, levando à improcedência; b) ou o próprio sistema admite a fungibilidade (art. 554 do CPC), como de resto deveria ser a regra; c) ou o caso é de erro de nome, corrigível pelo próprio juiz; d) ou não sendo possível a correção pelo juiz, deverá ele determinar a alteração do pedido, conforme, aliás, autoriza o art. 321 do CPC.[151-152]

Examinemos, agora, a escolha do procedimento adequado.

---

148. CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória, cit.*, p. 61.
149. DINAMARCO, Cândido. *Execução Civil.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, p. 405-406, nota 109.
150. CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória, cit.*, p. 62-63.
151. Ver as observações, muito bem postas, de GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*, p. 37.
152. Embora admita o interesse-adequação, Rodrigo da Cunha Lima Freire tece considerações bastante semelhantes às nossas, quanto à possibilidade de sanação, pelo magistrado, da inadequação do provimento/procedimento (*Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 144-145).

O processo, em seu aspecto formal, é procedimento. O exame da adequação do procedimento é um exame da sua validade.[153] Nada diz respeito ao exercício do direito de ação, à demanda.

Não há erro de escolha do procedimento que não possa ser corrigido, por mais discrepantes que sejam o procedimento indevidamente escolhido e aquele que se reputa correto. Um exemplo talvez sirva para expor o problema: se o caso não é de mandado de segurança, pode o juiz determinar a emenda da petição inicial, para que o autor providencie a adequação do instrumento da demanda ao procedimento correto (art. 283 c/c art. 321, CPC).

9.5. A teoria da asserção: exame da legitimidade e do interesse de agir à luz do que foi afirmado pela parte

Na vigência do CPC-1973, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* eram tratados como *condições da ação* – era assim que o código anterior se referia a esses institutos. A possibilidade jurídica do pedido era, então, também considerada como *condição da ação*. O CPC atual não se vale mais dessa terminologia, de resto equívoca, conforme se disse no capítulo sobre a teoria da ação.

O §3º do art. 485 do CPC autoriza o juiz a controlar, *ex officio* e enquanto durar a litispendência, a existência de legitimidade e de interesse de agir.

Como é possível o controle a qualquer tempo dessas questões, também seria possível produzir *prova* a respeito do preenchimento desses requisitos.

As dificuldades que normalmente se apresentavam na separação das antigamente chamadas "condições da ação" do mérito da causa – sobretudo em relação à legitimação ordinária, como visto – fizeram com que surgisse uma concepção doutrinária que buscava amenizar esses problemas práticos.

Propôs-se, então, que a análise das antigas *condições da ação* (*rectius:* requisitos processuais, conforme terminologia atual), como questões estranhas ao mérito da causa, ficasse restrita ao quanto afirmado pelo demandante.

Essa análise seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua postulação inicial (*in statu assertionis*). "Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação".[154] "O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito".[155]

---

153. Corretamente, GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*, cit., p. 36-37.
154. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. 1, p. 127.
155. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., p. 212. Também assim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Pressupostos processuais e condições da ação". *Justitia*. São Paulo: s/ed., 1991, out-dez, n. 53, p. 58.

Não se trataria de um juízo de cognição sumária dessas questões, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência desses requisitos far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda do requisito. A decisão sobre o preenchimento ou não desses requisitos, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva.

Chama-se de *teoria da asserção* ou da *prospettazione*.[156]

A verificação do preenchimento desses requisitos dispensaria a produção de provas em juízo; não haveria necessidade de provar a "legitimidade *ad causam*" ou o "interesse de agir", por exemplo. Não seria preciso produzir uma perícia para averiguar se há ou não "interesse de agir". Essa verificação seria feita apenas a partir da afirmação do demandante. Se, tomadas as afirmações como verdadeiras, as "condições da ação" estivessem presentes, estaria decidida esta parte da admissibilidade do processo; futura demonstração de que não há "legitimidade *ad causam*" seria problema de mérito. Se, tomadas as afirmações como verdadeiras, esses requisitos não estivessem presentes, o caso seria de extinção do processo sem exame do mérito[157].

Note que a teoria da asserção poderia ser aplicada mesmo após a defesa do réu. Imagine que o réu alegasse a falta de legitimidade ativa *ad causam*. Se o juiz examinasse essa alegação apenas a partir da afirmação feita pelo autor, a teoria da asserção estaria sendo aplicada. *Não é, pois, o momento que a caracteriza, mas, sim, a produção ou não de prova para a verificação do preenchimento desses requisitos.*

Para que se possa entender a aplicação dessa teoria, alguns exemplos são bem-vindos.

Se alguém se afirma filho de outrem e, por isso, pede-lhe alimentos, possui legitimidade *ad causam*, mesmo que se comprove, posteriormente, a ausência do vínculo de filiação, quando será caso de improcedência do pedido, decisão de mérito.

Se o autor pretende a obtenção de verba devida contratualmente, mas demanda contra alguém estranho ao contrato, da própria estipulação da causa de pedir é possível aferir a ilegitimidade; o magistrado, neste caso, indeferirá a petição inicial sem exame do mérito.

> Tivemos acesso a um caso interessante. Um sujeito emprestou dinheiro a um gerente de banco, seu amigo, que não cumpriu a dívida. O mutuante demandou em face do Banco, afirmando a condição de

156. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 314; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. 1, p. 127; VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*, cit., p. 165; COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2ª ed. Bologna: Mulino, 1998, p. 244-248.

157. Aplicando a teoria da asserção, STJ, 4ª T., REsp n. 595.188, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 22.11.2011.

> inadimplente do gerente e pedindo a condenação do banco ao pagamento da dívida. Note que da simples afirmação feita pelo demandante, tomada como verdadeira, a "legitimidade *ad causam*" não está presente, porque a relação jurídica afirmada envolve o autor e o gerente; o banco é, em relação a ela, um estranho.

Essa concepção ganhou fôlego e adeptos[158]. Cândido Dinamarco, no entanto, fiel defensor da concepção tradicional, reservou um item das suas "*Instituições*" somente para rebater os argumentos que firmam a teoria da asserção (rubricou-o de "repúdio à teoria da asserção")[159].

Este *Curso* não adota a *teoria da asserção*, ao menos não em sua versão completa.

a) A ausência de interesse de agir, evidente ou após a produção de prova, não gera decisão de mérito. Se o processo é inútil ou desnecessário, não perderá uma dessas qualidades apenas porque ela se revelou após a fase instrutória. Não é por acaso que, na prática, processos são extintos sem exame do mérito em razão da "perda do objeto", constatada após prova pericial, por exemplo.

A teoria é, porém, útil na análise inicial do interesse de agir: no recebimento da petição inicial, antes de citar o réu, o exame do interesse processual deve ser feito *in statu assertionis*, exatamente como sugerido pela teoria da asserção. É um excelente filtro para demandas inúteis ou desnecessárias – é por isso que se admite o indeferimento da petição inicial pela falta de interesse de agir (art. 330, III, CPC). Se, futuramente, constatar a falta de interesse de agir, o juiz poderá extinguir o processo sem resolução do mérito, com base no inciso VI do art. 485.

b) A *ilegitimidade ordinária* é, para esse *Curso*, sempre uma decisão de improcedência, quer seja ela *macroscópica* ("manifestamente ilegítima", como se refere o inciso II do art. 330 do CPC), evidente à luz do quanto afirmado pela parte, quer se tenha relevado apenas depois de delongada fase probatória. Não há distinção.

---

158. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 63-65; YARSHEL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993, p. 112-113; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 23-25; *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 320; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial". *Temas de Direito Processual Civil – primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 200; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Pressupostos processuais e condições da ação". *Justitia*. São Paulo: s/ed. 1991, out-dez, n. 53, p. 54; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 233-234; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 88; ASSIS, Araken de. "Substituição processual". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 09-10; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 211.

159. Segundo informa Machado Guimarães, o próprio Liebman chegou a afirmar, em conferência proferida em 1949, que "todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação *ad causam*, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito". ("Carência de ação". *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 102-103).

c) A *ilegitimidade extraordinária* é sempre uma questão de admissibilidade, quer seja evidente à luz do que afirmado pelo demandante e dos documentos que juntou, quer isso apenas se apresente após a fase de produção de provas orais ou técnicas. Em qualquer dos casos, a decisão *não será de mérito*, independentemente do lastro probatório em que se baseia ou do momento processual em que proferida. Não há, também aqui, distinção.

d) O problema da *possibilidade jurídica do pedido*, antiga "condição da ação", uma das causas do desenvolvimento da teoria da asserção no Brasil, deve ser resolvido como causa de improcedência liminar atípica. Sobre o tema, ver capítulos sobre a teoria da ação e sobre a improcedência liminar do pedido, neste volume do *Curso*.

10. AS DIVERSAS POSIÇÕES JURÍDICAS QUE UM SUJEITO PODE ASSUMIR EM UM MESMO PROCESSO: A DINAMICIDADE DAS CAPACIDADES PROCESSUAIS, DO INTERESSE PROCESSUAL E DA LEGITIMIDADE

Conforme visto no capítulo introdutório, o processo *é, em uma perspectiva, o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais* (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc.

Por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam *uma única* relação jurídica, que também se chamaria *processo*. Essa relação jurídica é composta por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo. É por isso que se costuma afirmar que o processo é uma relação jurídica *complexa*. Assim, talvez fosse mais adequado considerar o processo, sob esse prisma, um feixe[160] de relações jurídicas.

A *complexidade* da relação jurídica processual produz consequências interessantes.

Em um mesmo processo, um único sujeito pode assumir mais de uma posição jurídica processual.

Essa circunstância, que é inerente ao fenômeno processual, faz com que a análise das capacidades processuais, do interesse de agir e da legitimidade não se restrinja à demanda: é preciso examiná-los ao longo de toda a cadeia processual,

160. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, n. 20, p. 35; MONACCIANI, Luigi. *Azione e Legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 46; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 28; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 251.

tendo em vista cada uma das relações processuais que se formam e que compõem o feixe de relações jurídicas que é o processo[161].

Alguns exemplos.

a) A posição processual do juiz serve de exemplo. Em um mesmo processo, o juiz pode assumir as posições de *sujeito imparcial*, autor de demandas incidentais (p. ex.: conflito de competência) e réu de incidentes processuais, como na arguição de suspeição e de impedimento. Exatamente por conta desta variedade de posições processuais que podem ser titularizadas pelo juiz *em um mesmo processo*, ele pode recorrer do acórdão que o considere impedido ou manifestamente suspeito e o condene ao pagamento das custas processuais (art. 146, §5º, CPC)[162].

Exatamente por isso, também, tem o juiz *capacidade postulatória* para apresentar a sua defesa no incidente de arguição de suspeição ou impedimento, *mas não tem* essa mesma capacidade postulatória para interpor recurso contra essa decisão.

b) Em uma ação popular ou em uma ação de improbidade administrativa, a pessoa jurídica de direito público pode ser inicialmente posta como ré, mas, depois, pedir a sua migração para o polo ativo da demanda: ou seja, de ré pode tornar-se autora – situação que já foi designada como intervenção móvel da pessoa jurídica de direito público[163].

c) O Ministério Público pode assumir diversas posições jurídicas processuais. Em um mesmo processo, pode o Ministério Público atuar como autor e fiscal da ordem jurídica (art. 178 do CPC), posições essencialmente distintas. Por isso, é possível, por exemplo, que um membro do Ministério Público Estadual possa fazer uma sustentação oral perante o Superior Tribunal de Justiça, enquanto o Sub-procurador, vinculado ao Ministério Público Federal, elabora um parecer sobre o mesmo caso, com posicionamento contrário ao defendido por seu colega estadual[164].

d) Embora em posições processuais opostas, autor e réu podem formular requerimentos conjuntos[165], quando então ambos aparecerão como requerentes: *i)*

---

161. O assunto foi tratado com primazia e profundidade por CABRAL, Antonio do Passo. "Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda". *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

162. NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 609.

163. MAZZEI, Rodrigo. "A *'intervenção móvel'* da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art. 6º, § 3º, da LAP e art. 17, § 3º, da LIA)". Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Wambier (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007. Sobre o tema, ainda, CABRAL, Antonio do Passo. "Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda". *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

164. Sobre o assunto, DIDIER Jr., Fredie; GODINHO, Robson Renault. *"Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil"*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 234.

165. Sobre o tema, CABRAL, Antonio do Passo. "Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda", cit., p. 153-154.

proposta de acordo sobre o objeto litigioso; *ii)* proposta de acordo sobre o próprio processo (acordo atípico com base no art. 190 do CPC; acordo de suspensão do processo, organização consensual do processo etc.); *iii)* alegação conjunta de erro material na sentença – situação que já presenciei, em caso em que a sentença homologatória de autocomposição ignorava cláusulas fundamentais do acordo que havia sido celebrado e cujo instrumento estava nos autos.

e) Há negócios processuais celebrados conjuntamente com o juiz (calendário processual, p. ex.: art. 191, CPC). Juiz, autor e réu, a despeito das suas posições processuais iniciais, serão *partes* de um mesmo negócio processual. Ou seja: embora cada parte tenha seu respectivo interesse processual e não se costume falar em *interesse processual do juiz*, os três sujeitos possuem o *interesse comum* no agendamento da prática dos atos processuais.

f) O autor pode *também* ser réu, se houver reconvenção; neste caso, o réu se torna autor da reconvenção. Em um mesmo processo, então, autor e réu assumem posições jurídicas processuais distintas, tendo em vista as distintas relações jurídicas processuais de que fazem parte.

g) O denunciado à lide (sobre a denunciação da lide, ver capítulo sobre intervenção de terceiros) é, a um só tempo, *réu* na denunciação da lide, demanda incidental, e *litisconsorte unitário do denunciante*, na demanda principal (arts. 127-128, CPC). Note-se: o denunciado se opõe ao denunciante na demanda incidental e é aliado dele na demanda principal. Isso porque a vitória do denunciante na demanda principal implicará a vitória do denunciado na demanda incidental.

h) Outro caso curioso, também relacionado à denunciação da lide. Imagine-se que, em uma ação em que se discute responsabilidade civil por acidente de trânsito, uma mesma seguradora tenha sido denunciada por ambas as partes – que, coincidentemente, estão por ela seguradas. A seguradora estará na "estranha situação" de ser confrontada por dois interesses materiais incompatíveis; terá, por isso, condição, ao menos em tese, de ser litisconsorte de ambas as partes, autor e réu[166].

Em suma, as partes – e, a fortiori, todos os sujeitos processuais – podem assumir diversas posições jurídicas em um mesmo processo.

O estudo dos pressupostos processuais não pode ignorar essa circunstância. A análise de qualquer dos requisitos processuais deve pressupor a dinamicidade das posições jurídicas processuais e deve ser feita à luz de cada uma delas.

Dificilmente, aliás, haverá um processo em que o sujeito processual permaneça em uma única posição jurídica durante toda a litispendência.

166. CABRAL, Antonio do Passo. "Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda", cit., p. 156.

CAPÍTULO 8

Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais

Sumário • 1. Nota explicativa – 2. Ato e procedimento – 3. Conceito de fato jurídico processual – 4. Classificação dos fatos jurídicos processuais em sentido amplo – 5. Negócios processuais: 5.1. Noções gerais, espécies e classificação; 5.2. Negócios processuais atípicos: 5.2.1. A cláusula geral de negociação sobre o processo. O princípio da atipicidade da negociação sobre o processo; 5.2.2. Regras gerais da negociação processual; 5.2.3. Negócios processuais celebrados pelas partes com o juiz; 5.2.4. Momento de celebração; 5.2.5. Requisitos de validade: 5.2.5.1. Generalidades; 5.2.5.2. Capacidade; 5.2.5.3. Objeto; 5.2.5.4. Forma; 5.2.6. Anulabilidade; 5.2.7. Eficácia e revogabilidade; 5.2.8. Inadimplemento e ônus da alegação; 5.2.9. Efetivação; 5.2.10. Princípio da boa-fé e negociação processual; 5.2.11. Interpretação; 5.2.12. Negócios processuais coletivos e negócios processuais que dizem respeito a processos indeterminados – 6. Ato ilícito processual.

1. NOTA EXPLICATIVA

Há inúmeras maneiras de classificar os fatos jurídicos. Há, por consequência, também um sem-número de classificações dos *fatos jurídicos processuais*. Todas muito boas e úteis.

Há, por exemplo, as conhecidas classificações de Carnelutti[1] e Goldschmidt[2]. Não se cuidará delas neste momento. A proposta deste *Curso* é outra: não se fará um inventário das principais classificações existentes, embora se trate de empresa doutrinária louvável. O objetivo é apresentar uma classificação que seja útil para a compreensão panorâmica do processo e ajude na aplicação do sistema de invalidades processuais.

Os fatos jurídicos processuais serão, neste momento, classificados de acordo com o seu suporte fático: fatos humanos e não humanos, voluntários ou não voluntários, lícitos ou ilícitos. Segue-se, como se verá, a proposta de Pontes de Miranda, desenvolvida no seu célebre Tratado de Direito Privado, e difundida por Marcos Bernardes de Mello.

Mas há outras classificações importantes dos fatos processuais.

É o caso, por exemplo, daquela que procura sistematizar os *pronunciamentos judiciais*, objeto de considerações mais delongadas no estudo da decisão judicial (v. 2 do *Curso*, para onde remetemos o leitor) e relevante para o estudo do *cabimento*

1. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classicbook, 2000, v. 2.
2. GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: EJELCNMPA, 1961, t. 1.

dos recursos. Também pode ser citada a divisão que se faz doutrinariamente das *condutas das partes* em *determinantes* e *alternativas*, examinada mais à frente neste *Curso*, no capítulo dedicado ao litisconsórcio, muito útil na análise das diferenças entre litisconsórcio simples e litisconsórcio unitário.

Explicada a proposta do curso, é possível ir adiante.

2. ATO E PROCEDIMENTO

O processo é um conjunto de atos teleologicamente organizados para a prática de um ato final, a decisão. Normalmente, são esses atos que compõem o processo aqueles designados como *atos processuais*.

O processo é, também e inegavelmente, *procedimento*. O procedimento é um ato-complexo, como visto no capítulo introdutório deste *Curso*. Enquadra-se o procedimento na categoria "ato-complexo de formação sucessiva": os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo[3-4].

O estudo do *ato processual* não pode ignorar essa constatação: há o ato-complexo *procedimento*, verdadeiro substantivo coletivo (como o cardume, a penca e o enxame), pois exprime a ideia de coletividade, conjunto de atos que pode ser estudado como *unidade*, assim como há cada *um* dos *atos do procedimento* (petição inicial, citação, contestação etc.), que têm a sua própria individualidade e também podem ser estudados isoladamente.

É possível estudar o comportamento de um *cardume* ou de um *peixe*. É possível estudar o *processo* como *unidade* ou cada uma das *unidades* que compõem o *processo*. Essa constatação é bem relevante para o estudo das invalidades processuais, conforme será visto em capítulo próprio.

3. CONCEITO DE FATO JURÍDICO PROCESSUAL

Há muita polêmica em torno do conceito de "fato jurídico processual".

---

3. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82. E arremata, classificando os "tipos complexos": "Eles são classificados como (a) tipos complexos de formação concomitante ou instantânea, (b) de formação cronologicamente indiferente e (c) de formação sucessiva. No instantâneo, todos os atos ocorrem na mesma unidade de tempo. No cronologicamente indiferente, os atos se sucedem no tempo, mas uma ordem não prefixada e necessária, pelo que podem variar indiferentemente. No de formação sucessiva, os atos se sucedem numa ordem necessária e preestabelecida. Um exemplo muito importante de tipo complexo de formação sucessiva é o processo ou procedimento". (ob. cit., p. 83.)

4. Paula Costa e Silva firma posicionamento diverso. Enquadra o processo como *acto-procedimento*, categoria que, aos seus olhos, distingue-se do *acto-complexo* (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 100-123). Mas não deixa de reconhecer o processo como conjunto de atos agregados que preparam um ato final – que, para a autora, seria sempre uma sentença que compõe litígio.

É possível arrumar a divergência doutrinária em quatro correntes: a) alguns entendem que é suficiente o *produzir efeitos no processo* para que o fato seja havido como processual; b) há quem o vincule aos *sujeitos da relação processual*: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo de processual; c) há os que exigem tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo à *sede* do ato especial relevo[5]; d) há quem entenda que ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais[6-7].

Não é este o local adequado para proceder a um exame crítico e/ou minucioso de todas as concepções doutrinárias a respeito do assunto. É suficiente, neste momento, que se esclareça qual é a noção de fato jurídico processual adotada. De todo modo, como se trata de discussão doutrinária, não há concepção *certa* ou *errada*. Adota-se uma formulação teórica que pareça resolver a maior parte dos problemas suscitados.

É preciso partir de duas premissas.

Há os atos processuais e há os *atos do processo* (melhor: do procedimento), que daqueles são exemplos. O *ato do processo* é o ato que compõe a cadeia de atos do procedimento; trata-se de *ato processual propriamente dito*. Mas há *atos processuais* que não fazem parte do procedimento, como é o caso da escolha convencional do foro (arts. 25 e 63, CPC). O conceito de *ato processual* deve abranger não só os atos do procedimento como também os demais atos que interfiram de algum modo no desenvolvimento da relação jurídica processual[8].

Além disso, há também fatos jurídicos processuais em sentido estrito; ou seja, não há apenas atos.

É preciso, por isso, definir o que se entende por *fato jurídico processual em sentido amplo*, que abrange os fatos em sentido estrito e os atos.

O fato jurídico adquire o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum

---

5. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43.
6. É a posição de Calmon de Passos: "Donde conceituar o ato processual como aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado". (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 43.) Assim, também, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 14; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 466-467.
7. Alguns pontos da polêmica expostos por SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 171 segs.
8. "Atos processuais são todos os que constituem a sequência de atos, que é o próprio processo, e todos aqueles que, dependentes de certo processo, se praticam à parte, ou autônomos, para finalidade de algum processo, ou com o seu fim em si mesmo – *em processo*. (...) Todos os atos de promoção e incoação do processo, de formação da relação jurídica processual, de definitivação do processo, de desenvolvimento e de terminação da relação jurídica processual e de terminação do processo são *atos processuais*". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização Legislativa de Sérgio Bermudes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 12.)

procedimento, atual ou futuro[9]. Não há fato jurídico processual que não se possa relacionar a algum processo (procedimento), mas há fatos jurídicos processuais não integrantes da cadeia procedimental, desde que ocorridos enquanto pendente o procedimento a que estejam relacionados ou se refiram a procedimento futuro.

Todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual pode ser considerado como um *ato processual*. Esse ato pode ser praticado durante o itinerário do procedimento ou fora do *processo*. A *"sede"* do ato é irrelevante para caracterizá-lo como *processual*. Nessa acepção, *reconhecidamente ampla*, são atos processuais a *sentença* e o consentimento do cônjuge (art. 73, CPC; art. 1.647, Código Civil), a citação e a transação extrajudicial para encerramento de um processo, a ouvida de uma testemunha e a outorga de uma procuração judicial etc.[10]

> Alguns atos ingressam no processo por meio da homologação do magistrado, como é o caso da transação (art. 487, III, "b", CPC). A homologação *processualiza* o ato[11]. Note, porém, que a transação pode ocorrer em audiência; neste caso, também, não se pode dizer que a transação é um *ato do procedimento*, mas parece inegável que se trata de um ato relevante para o processo e, em nosso conceito, um ato processual.

Assim, *ato processual* é todo aquele comportamento humano volitivo que é apto a produzir efeitos jurídicos num processo, atual ou futuro.

Não há muita utilidade, para o estudo do direito processual, afirmar que a eleição do foro, por se tratar de cláusula de um contrato, não é um *ato processual*, pois não realizado no *processo*. Trata-se de ato importantíssimo para o processo, pois define a competência jurisdicional, *situação jurídica eminentemente processual*; tanto é assim que se trata de ato basicamente estudado pela doutrina processualista.

Toda classificação é uma arrumação do caos de acordo com critérios lógicos e razoáveis, com o objetivo de facilitar a compreensão dos fatos da vida. Não deve ser diferente o propósito quando se estuda o *fato jurídico processual* (em sentido amplo): é preciso identificar e agrupar os fatos que possam ter relevância para o direito processual, pois esses é que compõem o objeto do excerto da ciência jurídica dedicada ao estudo do processo.

---

9. GRECO, Leonardo. "Os atos de disposição processual – primeiras reflexões". *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Disponível em www.redp.com.br, 2007, v. 1, p. 8; DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 30-37.
10. No mesmo sentido, Paula Sarno Braga, que exemplifica a concepção com a convenção de arbitragem (BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual" *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 148, p. 312-313).
11. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização Legislativa de Sérgio Bermudes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 12.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM SENTIDO AMPLO

No processo, é possível a ocorrência de qualquer uma das espécies de fatos jurídicos[12].

Há os *fatos jurídicos processuais em sentido estrito* (fatos jurídicos não-humanos), como a força maior (art. 313, VI, CPC), a morte (art. 110, CPC)[13], o parentesco[14] (art. 144, III e IV) e a calamidade pública, de que pode servir de exemplo uma enchente de grandes proporções (art. 222, §2º, CPC) [15].

> Calmon de Passos não admite a existência dos chamados *fatos jurídicos processuais*, sob o fundamento de que "no processo, somente atos são possíveis. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são *exteriores* ao processo e, por força dessa exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais" [16].
>
> Veja, porém, que a própria sentença é encarada, em certas hipóteses, e por alguns autores, como fato jurídico[17]: em relação aos chamados *efeitos anexos* (ex.: hipoteca judiciária, art. 495 do CPC) da decisão, a sentença seria tratada pelo ordenamento jurídico como um fato e não como um ato. O tema é desenvolvido com mais vagar no v. 2 deste *Curso*.

Há os *atos jurídicos processuais em sentido estrito*, como a citação, a atribuição de valor à causa, a juntada de documento, a penhora, a confissão, a intimação etc.

Há os *atos-fatos processuais – atos* reconhecidos pelo Direito como *fatos*, sendo, portanto, absolutamente irrelevante a discussão sobre a existência de vontade e sobre o seu conteúdo.

Há diversos exemplos: a) *atos-fatos reais:* adiantamento de custas e do preparo (art. 1.007, CPC)[18]; b) *atos-fatos caducificantes*:[19] a revelia (art. 344, CPC) e a

12. Adota-se, aqui, a classificação dos fatos jurídicos sugerida por MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
13. Em sentido contrário, para quem há apenas "mero fato jurídico processualizado", MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 13.
14. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 110.
15. Neste sentido, Paula Sarno Braga, que acrescenta o "avançar da idade", pois um sujeito ao alcançar sessenta anos tem direito a uma tramitação prioritária e ao chegar à maioridade passa a ter capacidade processual (BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 148, p. 310).
16. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65.
17. CALAMANDREI, Piero. "Appunti sulla sentenza come fatto giuridico". *Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1.
18. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 68; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 14; BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 312.
19. "O suporte fáctico do fato jurídico que tem por efeito a caducidade sem culpa é constituído, geralmente, por dois elementos: transcurso de um determinado lapso de tempo (=fato) + inação do titular do direito (=ato). Se

admissão (art. 374, III, CPC) – em regra, a perda de prazo é exemplo de ato-fato processual caducificante[20]; c) *atos-fatos indenizativos*,[21] como, por exemplo, a execução provisória que causou prejuízo ao executado, com superveniente reforma/ou anulação do título judicial (art. 520, I, CPC).

> É claro que a revelia, o preparo etc. podem ser condutas praticadas voluntariamente pelas partes. Mas não é isso o que as caracteriza. Para o Direito Processual, é irrelevante a averiguação da existência de vontade em tais atos. Por isso, são tratados como fatos.
>
> A importância da categoria ato-fato processual é invulgar. O ato-fato processual, por exemplo, não passa pelo plano da validade dos atos jurídicos.

É possível, também, falar em *negócios jurídicos processuais*[22]. Sobre o tema, ver item adiante.

Para encerrar, finalmente, o panorama dos fatos jurídicos processuais, há, ainda, os *ilícitos processuais*, atos que estão em desconformidade com o Direito, de que são exemplos: o *ato atentatório à dignidade da justiça* (arts. 77, §1º, 161, par. ún., 334, §8º, 774, CPC), o *emprego de expressões ofensivas* (art. 78, CPC) e a *litigância de má-fé* (art. 80 do CPC). À sistematização dos *ilícitos processuais* se destina item próprio, mais à frente.

5. NEGÓCIOS PROCESSUAIS

5.1. Noções gerais, espécies e classificação

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas

---

houve ou não vontade quanto à omissão é dado, absolutamente, irrelevante; importa, apenas, o transcurso do tempo sem ação do titular do direito, o que caracteriza, precisamente, o ato-fato". (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, cit., p. 118.)

20. Nesse sentido, BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 312. Em sentido contrário, considerando as *omissões das partes* como fatos jurídicos processuais em sentido estrito, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 13; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 471-472.

21. "Embora não contrário a direito, o ato é considerado, numa visão mais rente à realidade, em seus efeitos fácticos, representados pelos danos causados à esfera jurídica alheia. (...) Nessa espécie, o suporte fáctico suficiente é composto, apenas, por dois elementos: ato não contrário a direito + dano a patrimônio alheio (=fato-danoso). A vontade na prática do ato é, absolutamente, irrelevante para a incidência da norma jurídica e, portanto, para a constituição do fato jurídico." (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, cit., p. 115).

22. Também podem ser visualizados no processo penal (CAMON, Alberto. "Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata". *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: Cedam, 2008, v. LXIII, p. 56.)

processuais[23]. No negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação[24].

Há diversos exemplos de negócios processuais: a eleição negocial do foro (art. 63, CPC), o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65, CPC), o calendário processual (art. 191, §§1º e 2º, CPC), a renúncia ao prazo (art. 225, CPC), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II, CPC), organização consensual do processo (art. 357, §2º), o adiamento negociado da audiência (art. 362, I, CPC), a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º, CPC), a escolha consensual do perito (art. 471, CPC), o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I, CPC), a desistência do recurso (art. 999, CPC) o etc. Todos são negócios processuais *típicos*.

Bem pensadas as coisas, na própria petição inicial há pelo menos o negócio jurídico processual[25] de *escolha do procedimento* a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos, como entre o mandado de segurança e o procedimento comum.

Há negócios processuais *relativos ao objeto litigioso do processo*, como o reconhecimento da procedência do pedido, e há negócios processuais que têm por *objeto o próprio processo*, em sua estrutura, como o acordo para suspensão convencional do procedimento. O negócio que tem por objeto o próprio processo pode servir para a redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direitos, deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento.

Há a possibilidade de celebração de negócios processuais *atípicos*, lastreados na cláusula geral de negociação sobre o processo, prevista no art. 190, CPC, a principal concretização do princípio do respeito ao autorregramento processual, examinado no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil. Ao art. 190 do CPC se dedica um item específico, mais à frente.

Note, ainda, que é possível visualizar negócios processuais *unilaterais* (que se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade), como a *desistência* e a *renúncia*, e negócios *bilaterais* (que se perfazem pela manifestação de duas vontades), como é o caso da *eleição negocial do foro* e da *suspensão convencional do andamento do processo*. Não deveria haver maiores dúvidas a respeito do tema.

---

23. DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 59-60.
24. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.
25. Vai ainda mais além Paula Costa e Silva, com argumentos muito bons, que aproxima o *acto postulativo* do ato negocial. Defende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte "quer" do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 318 ss.). A ideia parece correta e a ela aderimos. Em *sentido diverso*, entendendo que a postulação é um ato jurídico em sentido estrito, OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

Parece claro que, se a *renúncia* é um negócio jurídico, como reputa a doutrina de maneira generalizada[26], não atribuir a mesma natureza jurídica à *renúncia do direito de recorrer*, por exemplo, seria incoerência que não se pode admitir. O art. 200 do CPC[27] deixa clara a possibilidade de negócios unilaterais e bilaterais.

Os negócios jurídicos *bilaterais* costumam ser divididos em *contratos*, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e *acordos* ou *convenções*, quando as vontades se unem para um interesse comum[28]. Não se nega a possibilidade teórica de um *contrato processual*[29], mas é certo que são mais abundantes os exemplos de *acordos* ou *convenções processuais*[30].

Há também negócios *plurilaterais*, formados pela vontade de mais de dois sujeitos, como a sucessão processual voluntária (art. 109, CPC, examinado no capítulo sobre a alienação da coisa litigiosa, neste volume do *Curso*). É o que acontece, também, com os negócios processuais celebrados com a participação do juiz. Os negócios *plurilaterais* podem ser *típicos*, como o calendário processual (art. 190, CPC) e a organização compartilhada do processo (art. 357, §3º, CPC), ou *atípicos*, como o acordo para realização de sustentação oral, o acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, o julgamento antecipado do mérito convencional, as convenções sobre prova ou a redução convencional de prazos processuais[31].

Há negócios *expressos*, como o foro de eleição, e negócios *tácitos*, como o consentimento tácito do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária, o consentimento tácito para a sucessão processual voluntária (art. 109, §1º, CPC), a recusa tácita à proposta de autocomposição formulada pela outra parte (art. 154, par. ún., CPC), a renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, §6º, CPC) e a aceitação tácita da decisão (art. 1.000, CPC).

Negócios tácitos tanto podem ser celebrados com comportamentos *comissivos*, como é o caso da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer (aceitação

26. Na doutrina, por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.
27. Art. 200 do CPC: "Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais".
28. Por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Fernando de Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 198.
29. Admitindo, por exemplo, *contratos processuais*, ECHANDIA, Devis. *Teoria General del Proceso*. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, p. 380-381.
30. Barbosa Moreira já havia percebido a circunstância, sugerindo, inclusive, a designação "convenção processual" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Convenções das partes sobre matéria processual". *Temas de direito processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89).
31. Consoante o enunciado n. 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais".

da decisão), como *omissivos*, como a não alegação de convenção de arbitragem. Há, então, *omissões processuais negociais*. Nem toda omissão processual é um *ato-fato processual*. O silêncio da *parte* pode, em certas circunstâncias, *normalmente tipicamente previstas,* ser uma manifestação de sua vontade[32].

Há *negócios jurídicos processuais* que precisam ser homologados pelo juiz, como é o caso da *desistência do processo* (art. 200, par. ún., CPC), e outros que não precisam dessa chancela, como o negócio tácito sobre a modificação da competência relativa ou a desistência do recurso[33]. A necessidade de homologação judicial não descaracteriza o ato como *negócio*[34], assim como não deixa de ser negócio jurídico o acordo de divórcio em que há filhos incapazes, apenas porque se submete à homologação judicial. A autonomia privada pode ser mais ou menos regulada, mais ou menos submetida a controle, mas isso não desnatura o ato como negócio[35]. Todo efeito jurídico é, obviamente, consequência da incidência de uma norma sobre um fato jurídico; ora a lei confere à autonomia privada mais liberdade para a produção de eficácia jurídica, ora essa liberdade é mais restrita[36].

A regra é a dispensa da necessidade de homologação judicial do negócio processual. Negócios processuais que tenham por objeto as situações jurídicas processuais dispensam, invariavelmente, a homologação judicial. Negócios processuais que tenham por objeto mudanças no procedimento podem sujeitar-se a homologação, embora nem sempre isso ocorra; é o que acontece, por exemplo, com a desistência (art. 200, par. ún., CPC), a organização consensual do processo (art. 357, §2º, CPC) e a suspensão convencional do processo (art. 313, II, CPC).

O relevante para caracterizar um ato como *negócio jurídico* é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico; no negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação.

> Há quem não admita a existência de *negócios jurídicos processuais*, posicionamento que, com o CPC-2015, ao que parece, será

32. Bem a propósito, o art. 111 do Código Civil, aplicável ao direito processual civil: "O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa". Sobre a eficácia negocial do silêncio, DIDIER Jr., Fredie; BOMFIM, Daniela. "Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e supressio". *Pareceres*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 266 e segs.

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 333.

34. Percebeu o ponto, mais uma vez, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Convenções das partes sobre matéria processual", cit., p. 90.

35. "Não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre o terreno privatístico". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Convenções das partes sobre matéria processual", cit., p. 91.)

36. Com posicionamento semelhante, BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 312 ss.

simplesmente *contra legem*. Note que os argumentos contrários à existência foram rebatidos ao longo da exposição, além de terem sido apresentados inúmeros exemplos, espalhados por toda a legislação.

A discussão sobre a existência dessa categoria processual, ao menos no direito brasileiro, parece, agora, obsoleta e inócua[37].

5.2. Negócios processuais atípicos

5.2.1. A cláusula geral de negociação sobre o processo. O princípio da atipicidade da negociação sobre o processo

O *caput* do art. 190 do CPC[38] é uma cláusula geral, da qual se extrai o *subprincípio da atipicidade da negociação processual. Subprincípio,* porque serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo, examinado no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil, neste volume do *Curso*.

Dessa cláusula geral podem advir diversas espécies de negócios processuais *atípicos*[39]. Embora o legislador tenha usado o verbo "convencionar" no *caput* e no parágrafo único, a cláusula geral permite *negócios processuais*, gênero de que as convenções são espécies, conforme visto.

O negócio processual *atípico* tem por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, deveres e poderes ("poderes", neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual – redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplos.

---

37. Para registro histórico, convém mencionar alguns autores que entendiam não existir a categoria do negócio jurídico processual: DENTI, Vittorio. "Negozio processuale". *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, v. XXVIII, p. 145; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Cândido Dinamarco (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 226-227; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p.472; ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 242; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 15-16; KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 141; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 248; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 6.

38. Art. 190 do CPC: "Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade".

39. Não admitindo negócios processuais atípicos, com base no direito italiano, GIUSSANI, Andrea. "Autonomia privata e pressuposti processuali: note per un inventario". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 211, p. 110.

> A propósito, os enunciados n. 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:
>
> 257. "O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais".
>
> 258. "**As partes podem convencionar sobre seus** ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa".

Não se trata de negócio sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição, já bastante conhecida. No caso, *negocia-se sobre o processo, alterando suas regras,*[40] *e não sobre o objeto litigioso do processo*. São negócios que derrogam normas processuais – *Normdisposition*, conforme designação de Gerhard Wagner[41].

Segue lista com alguns exemplos de negócios processuais *atípicos* permitidos pelo art. 190: acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única[42], acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão[43], acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória[44], acordo para dispensa de caução em execução provisória[45], acordo para limitar número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para

---

40. Por isso, houve quem preferisse designar o fenômeno de *flexibilização procedimental voluntária,* GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 215.
41. Citado por CAPONI, Remo. "Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali". *Civil Procedure Review,* v. 1, n. 2, 2010, p. 45, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19m consultado em 16.04.2014; "Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais". Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 228, p. 363.
42. O art. 681º, 1, do CPC português permite expressamente o acordo de instância única: "1 - É lícito às partes renunciar aos recursos; mas a renúncia antecipada só produz efeito se provier de ambas as partes". O art. 41, par. 2, do CPC francês, também. Sobre o acordo de instância única, CADIET, Loïc. "Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del processo y de la justicia en Francia". *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 20, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. "A cláusula geral do acordo de procedimento no Projeto do Novo CPC (PL 8.046/2010)". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.* Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 25.
43. CAPONI, Remo. "Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali". *Civil Procedure Review,* v. 1, n. 2, 2010, p. 50, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19m consultado em 16.04.2014; "Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais". Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 228, p. 367.
44. Consoante o enunciado n. 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória".
45. Consoante o enunciado n. 262 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença".

decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário[46], acordo para tornar uma prova ilícita etc.

> É possível acordo sobre pressupostos processuais. Não há incompatibilidade teórica entre negócio processual e pressuposto processual. Tudo dependerá do exame do direito positivo. Há, por exemplo, expressa permissão de acordo sobre competência relativa e acordo sobre foro de eleição internacional (art. 25, CPC). O consentimento do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária pelo outro cônjuge é negócio processual sobre um pressuposto processual: a capacidade processual. Há possibilidade de legitimação extraordinária convencional, como visto no capítulo sobre pressupostos processuais. Nada impede, também, que as partes acordem no sentido de ignorar a coisa julgada (pressuposto processual negativo) anterior e pedir nova decisão sobre o tema: se as partes são capazes e a questão admite autocomposição, não há razão para impedir – note que a parte vencedora poderia renunciar ao direito reconhecido por sentença transitada em julgado[47].

5.2.2. Regras gerais da negociação processual

Do art. 190 do CPC decorrem as regras gerais para a negociação processual.

O negócio processual obriga os sucessores de quem o celebrou[48].

Há um conjunto de normas que disciplinam a negociação sobre o processo. Esse conjunto pode ser considerado um microssistema. O art. 190 e o art. 200 do CPC são o núcleo de microssistema e devem ser interpretados conjuntamente, pois restabelecem o modelo dogmático da negociação sobre o processo no direito

---

46. Aplica-se, por analogia, o art. 2º da Lei n. 9.307/1996: "A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio". Nesse sentido, GRECO, Leonardo. "Os atos de disposição processual – primeiras reflexões", cit., p. 21. Também assim, art. 114 do CPC italiano, que prevê o acordo de julgamento por equidade como um negócio típico: "Il giudice, sia in primo grado che in apelo, decide il mérito dela causa secondo equitá quando esso riguarda diritti disponibili dele parti e queste gliene fanno concorde richiesta". No CPC francês, há previsão expressa de acordo de direito aplicável ao caso (art. 12, parágrafo 3) e de decisão por equidade (art. 12, parágrafo 4; sobre o acordo de equidade no direito francês, CADIET, Loïc. "Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del processo y de la justicia en Francia". *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 21-22, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.

47. Não admitindo esse acordo processual (ignorar coisa julgada anterior), GIUSSANI, Andrea. "Autonomia privata e pressuposti processuali: note per un inventario". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 211, p. 108.

48. Enunciado n. 115 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores".

processual civil brasileiro. Nesse sentido, o enunciado n. 261 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art.190".

Observados os pressupostos específicos dos negócios processuais *típicos*, os pressupostos gerais, neste item examinados, devem ser também preenchidos.

5.2.3. Negócios processuais celebrados pelas partes com o juiz.

Embora o *caput* do art. 190 do CPC mencione apenas os negócios processuais atípicos celebrados pelas partes, não há razão alguma para não se permitir negociação processual atípica que inclua o órgão jurisdicional. Seja porque há exemplos de negócios processuais plurilaterais típicos envolvendo o juiz, como já examinado, o que significa que não é estranha ao sistema essa figura; seja porque não há qualquer prejuízo (ao contrário, a participação do juiz significa fiscalização imediata da validade do negócio), seja porque poder negociar *sem* a interferência do juiz é mais do que poder negociar *com* a participação do juiz.

Um bom exemplo de negócio processual atípico celebrado pelas partes e pelo juiz é a execução negociada de sentença que determina a implantação de política pública[49].

5.2.4. Momento de celebração.

Os negócios processuais podem ser celebrados antes ou durante a litispendência. O *caput* do art. 190 é expresso ao permitir essa possibilidade. Ratifica-se, então, o que se disse acima: o negócio jurídico é processual se repercutir em processo atual ou futuro.

Assim, é possível inserir uma cláusula negocial processual num outro contrato qualquer, já regulando eventual processo futuro que diga respeito àquela negociação. O parágrafo único do art. 190, aliás, expressamente menciona a possibilidade de negócio processual inserido em contrato de adesão. Um bom exemplo de negócio processual inserido em outro negócio (de adesão ou não) é o pacto de mediação obrigatória: as partes decidem que, antes de ir ao Judiciário, devem submeter-se a uma câmara de mediação.

Enquanto houver litispendência, será possível negociar sobre o processo. Tudo vai depender do objeto da negociação. Um acordo para divisão de tempo na

49. COSTA, Eduardo José da Fonseca. "A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 212; DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4, p. 367-368.

sustentação oral, por exemplo, pode ser celebrado um pouco antes do início da sessão de julgamento no tribunal.

Ambiente propício para a celebração de acordos processuais é a audiência de saneamento e organização do processo (art. 357, §3º, CPC). Nesse momento, as partes podem, por exemplo, acordar para alterar ou ampliar o objeto litigioso, dispensar perito ou celebrar o negócio de organização consensual do processo (art. 357, §2º, CPC)[50].

5.2.5. Requisitos de validade

5.2.5.1. Generalidades

Como qualquer negócio jurídico, os negócios jurídicos processuais passam pelo plano da validade dos atos jurídicos. Também como qualquer negócio jurídico, o negócio jurídico processual pode ser invalidado apenas parcialmente (enunciado n. 134 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Assim, para serem válidos, os negócios processuais devem: *a)* ser celebrados por pessoas capazes; *b)* possuir objeto lícito; *c)* observar forma prevista ou não proibida por lei (arts. 104, 166 e 167, Código Civil). O desrespeito a qualquer desses requisitos implica *nulidade* do negócio processual, reconhecível *ex officio* nos termos do parágrafo único do art. 190. A decretação de invalidade processual deve obedecer ao sistema das invalidades processuais (examinado em capítulo próprio neste volume do *Curso*), o que significa dizer que não haverá nulidade sem prejuízo[51].

5.2.5.2. Capacidade.

O *caput* do art. 190 do CPC exige que as partes sejam plenamente capazes para que possam celebrar os negócios processuais atípicos, mas não esclarece a que capacidade se refere.

Observe que o negócio pode ter sido celebrado antes do processo; assim, pode ter sido formado antes de as partes do negócio se tornarem partes do processo.

É a *capacidade processual* o requisito de validade exigido para a prática dos negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190 do CPC. No caso, exige-se a

50. HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 198-199; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. "A cláusula geral do acordo de procedimento no Projeto do Novo CPC (PL 8.046/2010)", cit., p. 26.

51. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 124. Também assim, o Enunciado n. 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo".

capacidade processual negocial,[52] que pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela, pois a vulnerabilidade é caso de *incapacidade processual negocial*, como será visto adiante, que a princípio não atinge a *capacidade processual geral* - um consumidor é processualmente capaz, embora possa ser um *incapaz processual negocial*.

A observação é importante, pois, conforme se verá no capítulo sobre pressupostos processuais, o sujeito pode ser incapaz civil e capaz processual, como, por exemplo, o menor com dezesseis anos, que tem capacidade processual para a ação popular, embora não tenha plena capacidade civil. Embora normalmente quem tenha capacidade civil tenha capacidade processual, isso pode não acontecer. *Como se trata de negócios jurídicos processuais, nada mais justo que se exija capacidade processual para celebrá-los.*

Incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos. Mas se estiver devidamente representado, não há qualquer impedimento para que o incapaz celebre um negócio processual. De fato, não há sentido em impedir negócio processual celebrado pelo espólio (incapaz processual) ou por um menor, sobretudo quando se sabe que, extrajudicialmente, suprida a incapacidade pela representação, há para esses sujeitos mínimas limitações para a negociação.

Não há qualquer impedimento na celebração de convenções processuais pelo Poder Público[53]: se podem optar pela arbitragem, como visto neste *Curso*, tanto mais poderiam celebrar convenções processuais. Eventual invalidade, no caso, recairia sobre o objeto, mas, não, sobre a capacidade.

> O CPC prevê expressamente a possibilidade de acordo ou tratado internacional dispensar a *caução às custas* (art. 83, §1º, I, CPC). É um claro negócio jurídico processual, celebrado pela União.
>
> O art. 75, §4º, CPC, expressamente prevê um negócio jurídico processual celebrado entre o Estado e o Distrito Federal, para cooperação entre as procuradorias jurídicas.

É preciso também registrar que o Ministério Público pode celebrar negócios processuais, sobretudo na condição de parte – basta dar como exemplo a possibilidade

52. GRECO, Leonardo. "Os atos de disposição processual – primeiras reflexões", cit., p. 13. Diogo Rezende de Almeida vai nessa linha, com uma sutil diferença: para ele, nos negócios celebrados *antes* do processo, a capacidade exigida é a do direito material (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*, cit., p. 120-121). Para este *Curso*, porque visa a produzir efeitos em um processo, ainda que futuro, a capacidade exigida é a processual. Uma pessoa casada não pode regular uma futura ação real imobiliária sem a participação do seu cônjuge, por exemplo: embora *materialmente* capaz, ela sofre restrição em sua capacidade processual (art. 73, CPC; art. 1.647, Código Civil).

53. Assim, enunciado n. 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A Fazenda Pública pode celebrar negócio processual".

de o Ministério Público inserir, em termos de ajustamento de conduta, convenções processuais[54].

O parágrafo único do art. 190 traz hipótese específica de *incapacidade processual negocial*: a incapacidade pela situação de vulnerabilidade. Há vulnerabilidade quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica, fazendo com a negociação não se aperfeiçoe em igualdades de condições[55].

O juridicamente incapaz presume-se vulnerável. Mas há quem seja juridicamente capaz *e* vulnerável. As posições jurídicas de consumidor e de trabalhador costumam ser apontadas como posições vulneráveis, nada obstante envolvam sujeitos capazes. Nesses casos, a vulnerabilidade precisa ser constatada *in concreto*: será preciso demonstrar que a vulnerabilidade atingiu a formação do negócio jurídico, desequilibrando-o. Não por acaso o parágrafo único do art. 190 diz que o órgão jurisdicional somente reputará nulo o negócio quando se constatar a "manifesta situação de vulnerabilidade".

> Um indício de vulnerabilidade é o fato de a parte não estar acompanhada de assessoramento técnico-jurídico. Esse fato não autoriza, por si, que se presuma a vulnerabilidade da parte, mas indiscutivelmente é uma pista para ela[56].

Assim, nada impede, em tese, a celebração de negócios processuais no contexto do processo consumerista ou trabalhista. Caberá ao órgão jurisdicional, em tais situações, verificar se a negociação foi feita em condições de igualdade; se não, recusará eficácia ao negócio. Note que o parágrafo único do art. 190 concretiza as disposições do art. 7º e do art. 139, I, CPC, que impõem ao juiz o dever de zelar pela igualdade das partes.

O art. 105 do CPC traz uma lista de atos para os quais o advogado necessita de poder especial; lá, há muitos atos negociais. Sempre que um negócio processual puder resultar em uma das situações previstas no art. 105 do CPC, há necessidade que o advogado tenha poder especial para praticá-lo em nome da parte.

---

54. Assim, enunciado n. 253 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte". O Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou e estimulou a celebração de convenções processuais pelo Ministério Público, nos arts. 15-17 da Resolução n. 118/2014: "Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta".

55. O dispositivo decorreu da influência do pensamento de Leonardo Greco sobre a paridade de armas na negociação processual (GRECO, Leonardo. "Os atos de disposição processual – primeiras reflexões". *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Disponível em www.redp.com.br, 2007, v. 1, p. 11).

56. Enunciado n. 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica".

5.2.5.3. Objeto

O objeto do negócio é o ponto mais sensível e indefinido na dogmática da negociação processual atípica. É preciso criar padrões dogmáticos seguros para o exame da licitude do objeto dos negócios processuais.

Seguem algumas diretrizes gerais, que não exaurem a dogmática em torno do assunto.

a) A primeira diretriz é a adoção do critério proposto por Peter Schlosser, para avaliar o consenso das partes sobre o processo civil: *in dubio pro libertate*[57].

Ressalvada alguma regra que imponha uma interpretação restritiva (art. 114 do Código Civil, p. ex.), na dúvida deve admitir-se o negócio processual.

b) A negociação atípica somente pode realizar-se em causas que admitam solução por autocomposição. Trata-se de requisito objetivo expresso previsto no *caput* do art. 190 do CPC.

Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição.

Mas é preciso que se deixe claro um ponto: o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos[58] e o direito aos alimentos. Assim, "a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual" (Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Por isso o texto legal fala em "direito que admita autocomposição" e não "direito indisponível".

c) Tudo o quanto se sabe sobre a licitude do objeto do negócio jurídico privado aplica-se ao negócio processual.

Assim, somente é possível negociar comportamentos lícitos. São nulos, por exemplo, o negócio processual em que uma parte aceite ser torturada no depoimento pessoal e o negócio em que as partes aceitem ser julgadas com base em provas

57. Citado por CAPONI, Remo. "Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali". *Civil Procedure Review,* v. 1, n. 2, 2010, p. 44, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19m consultado em 16.04.2014; "Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais". Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2014, n. 228, p. 362.

58. Enunciado n. 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "É admissível a celebração de convenção processual coletiva". Certamente, será muito frequente a inserção de convenções processuais em convenções coletivas de trabalho ou de consumo, por exemplo.

de fé (carta psicografada, por exemplo). No primeiro caso, o objeto do negócio é a prática de um crime; no segundo, o objeto do negócio vincula o Estado-juiz, que é laico, a decidir com base em premissa religiosa, o que é inconstitucional (art. 19, I, CF/1988).

Também é nulo o negócio processual simulado (art. 167 do Código Civil) ou em fraude à lei (art. 166, VI, Código Civil). Aplica-se, no caso, o art. 142 do CPC, que impõe ao juiz o dever de proferir decisão que obste o propósito das partes, sempre que constatar a simulação processual ou a fraude à lei. Simulação processual não é apenas a propositura de um processo simulado ("lide simulada", no jargão forense); há simulação processual também quando se celebra negócio processual simulado; pode haver fraude à lei também em negócios processuais.

O art. 142 do CPC, embora existente desde a época do CPC-1973 (art. 129), deve ter a sua importância redimensionada pela doutrina e pela jurisprudência, em razão da introdução da cláusula geral de negociação sobre o processo do art. 190.

d) Sempre que *regular expressamente* um negócio processual, a lei delimitará os contornos de seu objeto.

Acordo sobre competência, por exemplo, é expressamente regulado (art. 63 do CPC) e o seu objeto, claramente definido: somente a competência relativa pode ser negociada. Assim, acordo sobre competência em razão da matéria, da função e da pessoa não pode ser objeto de negócio processual. Acordo de supressão de primeira instância é exemplo de acordo sobre competência funcional: acorda-se para que a causa não tramite perante o juiz e vá direto ao tribunal, que passaria a ter competência funcional originária, e não derivada; esse acordo é proibido[59].

e) Sempre que a matéria for de reserva legal, a negociação processual em torno dela é ilícita.

Os recursos, por exemplo, observam a regra da taxatividade: somente há os recursos previstos em lei, em rol taxativo (art. 994, CPC). Assim, não se pode criar recurso por negócio processual (um recurso ordinário para o STF diretamente contra decisão de primeira instância, por exemplo) nem se pode alterar regra de cabimento de recurso (agravo de instrumento em hipótese não prevista em lei, por exemplo). Em ambos os casos, no final das contas, se estaria negociando sobre competência funcional, que é absoluta; o art. 63 do CPC somente permite acordo de competência relativa.

f) Não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível. Trata-se de negócios processuais

59. Enunciado n. 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Não são admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância".

celebrados em ambiente propício, mas com objeto ilícito, porque relativo ao afastamento de alguma regra processual cogente, criada para a proteção de alguma finalidade pública. É ilícito, por exemplo, negócio processual para afastar a intimação obrigatória do Ministério Público[60], nos casos em que a lei a reputa obrigatória (art. 178, CPC).

Pelo mesmo motivo, não se admite acordo de segredo de justiça[61]. Perante o *juízo estatal*, o processo é público, ressalvadas exceções constitucionais, dentre as quais não se inclui o acordo entre as partes. Trata-se de imperativo constitucional decorrente da Constituição Federal (art. 5º, LX; art. 93, IX e X). Caso desejem um processo sigiloso, as partes deverão optar pela arbitragem.

g) É possível inserir negócio processual em contrato de adesão, mas ele não pode ser abusivo. Não pode, por exemplo, onerar excessivamente uma das partes. Se abusivo, será nulo. Generaliza-se aqui o raciocínio desenvolvido para o foro de eleição e para a distribuição convencional do ônus da prova, negócios processuais típicos. É por isso que o parágrafo único do art. 190 fala em nulidade por "inserção abusiva em contrato de adesão".

h) No negócio processual atípico, as partes podem definir outros deveres e sanções, distintos do rol legal de deveres e sanções processuais, para o caso de seu descumprimento[62].

5.2.5.4. Forma

A forma do negócio processual atípico é livre[63].

A consagração da atipicidade da negociação processual liberta a forma com o que o negócio jurídico se apresenta. Assim, é possível negócio processual oral ou escrito, expresso ou tácito, apresentado por documento formado extrajudicialmente ou em mesa de audiência etc.

Há, porém, casos excepcionais (foro de eleição e convenção de arbitragem, p. ex.), em que a lei exige forma escrita.

---

60. GRECO, Leonardo. "Os atos de disposição processual – primeiras reflexões". *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Disponível em www.redp.com.br, 2007, v. 1, p. 11. Nesse sentido, enunciado n. 254 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica".
61. Diferentemente do que acontece em França, onde este acordo é permitido (art. 435, CPC francês).
62. Enunciado n. 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção".
63. GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013, p. 165; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*, cit., p. 123-124.

5.2.6. Anulabilidade

Além de nulo, o negócio processual pode ser anulável. Vícios de vontade podem contaminar negócios processuais[64]. Convenção processual celebrada após coação ou em erro pode ser anulada, por exemplo. A anulação do negócio processual, nesses casos, depende de provocação do interessado (art. 177 do Código Civil).

5.2.7. Eficácia e revogabilidade.

Há negócios processuais que dependem de homologação judicial (desistência da demanda, art. 200, par. ún.; organização consensual do processo, art. 357, §2º). Nesses casos, somente produzirão efeitos após a homologação. A necessidade de homologação de um negócio processual deve vir prevista em lei[65]. Quando isso acontece, a homologação judicial é uma condição legal de eficácia do negócio jurídico processual[66].

O negócio processual atípico baseado no art. 190 segue, porém, a regra geral do *caput* do art. 200 do CPC: produzem efeitos *imediatamente*, salvo se as partes, expressamente, houverem modulado a eficácia do negócio, com a inserção de uma condição ou de um termo[67]. Leonardo Greco traz exemplo interessante: as partes dispensam a prova testemunhal, caso a perícia esclareça determinado fato[68].

A regra é a seguinte: não possuindo defeito, o juiz não pode recusar aplicação ao negócio processual.

A princípio, a decisão do juiz que não homologa ou que recusa aplicação a negócio processual não pode ser impugnada por agravo de instrumento. Sucede que o inciso III do art. 1.015 prevê o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem. Essa decisão pode significar recusa de aplicação de uma convenção processual, que é a convenção de arbitragem. Parece ser possível, por isso, extrair, a partir desse caso, por analogia, a recorribilidade por agravo de instrumento da decisão interlocutória que não homologue ou recuse eficácia a um negócio processual. O rol das hipóteses de agravo de instrumento, embora taxativo, pode ser interpretado por analogia. Imagine o

64. Entendimento encampado no enunciado n. 132 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190".
65. Enunciado n. 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do *caput* do art. 190 não dependem de homologação judicial".
66. Enunciado n. 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio".
67. DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 151-152.
68. GRECO, Leonardo. "Os atos de disposição processual – primeiras reflexões". *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Disponível em www.redp.com.br, 2007, v. 1, p. 12.

absurdo da interpretação em sentido contrário: o juiz não homologa a desistência e o ato não pode ser recorrido imediatamente; o processo prosseguiria contra a vontade do autor.

Aplica-se aos negócios processuais *bilaterais*, ainda, a regra da irrevogabilidade da declaração de vontade[69]. Salvo previsão legal ou negocial expressa[70], o negócio processual atípico celebrado com base no art. 190 do CPC é irrevogável. Obviamente, é possível o distrato processual, pois as mesmas vontades que geraram o negócio são aptas a desfazê-lo.

5.2.8. Inadimplemento e ônus da alegação

O inadimplemento da prestação de um negócio processual celebrado pelas partes é fato que tem de ser alegado pela parte adversária; caso não o faça no primeiro momento que lhe couber falar, considera-se que houve novação tácita e, assim, preclusão do direito de alegar o inadimplemento. *Não pode o juiz, de ofício, conhecer do inadimplemento do negócio processual, salvo se houver expressa autorização negocial (no próprio negócio as partes aceitam o conhecimento de ofício do inadimplemento) ou legislativa nesse sentido*[71].

Essa é a regra geral que se extrai do sistema, a partir de outras regras previstas para negócios típicos: a não alegação do foro de eleição, pelo réu, que significa revogação tácita dessa cláusula contratual (art. 65, CPC); a não alegação da convenção de arbitragem implica renúncia tácita à jurisdição estatal (art. 337, §6º, CPC).

Um exemplo, para ilustrar, com um negócio atípico.

Imagine-se o acordo de instância única: as partes negociam que ninguém recorrerá. Se, por acaso, uma das partes recorrer, o órgão jurisdicional não pode deixar de admitir o recurso por esse motivo; cabe à parte recorrida alegar e provar o inadimplemento, sob pena de preclusão. O não-cabimento do recurso em razão do negócio jurídico processual não pode ser conhecido de ofício pelo juiz.

5.2.9. Efetivação

O inadimplemento da prestação de um negócio processual autoriza que se peça a execução da prestação devida ou a implantação da situação jurídica pactuada.

---

69. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 178 e segs.
70. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*, cit., p. 179.
71. A propósito, enunciado n. 252 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento".

Essa execução, diferentemente do que ocorre com a execução de negócios jurídicos não processuais, dá-se no bojo do próprio processo, sem necessidade de ajuizamento de uma ação executiva.

Por simples petição, a parte lesada pelo inadimplemento pede ao juiz "que exija da parte contrária o respeito ao pactuado ou simplesmente ponha em prática a nova sistemática processual firmada na convenção"[72].

É o que acontece, por exemplo, quando se requer a inadmissibilidade de um recurso interposto por parte que havia aceitado a decisão ou quando o juiz decide com base na regra de ônus da prova que foi pactuada, mesmo contra a vontade da parte[73].

5.2.10. Princípio da boa-fé e negociação processual

Durante toda a fase de negociação processual (tratativas, celebração e execução), vige o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC; art. 422, Código Civil). Isso vale tanto para os negócios típicos quanto para os atípicos.

5.2.11. Interpretação

Os negócios processuais, típicos e atípicos, devem ser interpretados de acordo com as normas gerais de interpretação dos negócios jurídicos previstas no Código Civil – que, em verdade, são normas gerais para interpretação de qualquer negócio jurídico:

a) art. 112 do Código Civil: nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem;

b) art. 113 do Código Civil: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração;

c) art. 114 do Código Civil: os negócios jurídicos *benéficos* (aqueles em que apenas uma das partes se obriga, enquanto a outra se beneficia) e a *renúncia* interpretam-se estritamente;

d) art. 423 do Código Civil: quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente; a regra é importante, pois, como vimos, é permitida a inserção de negócio processual em contrato de adesão.

72. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*, cit., p. 179.
73. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*, cit., p. 179.

5.2.12. Negócios processuais coletivos e negócios processuais que dizem respeito a processos indeterminados

Não se deve afastar a possibilidade de *negócios processuais coletivos*[74-75]. Basta pensar em um acordo coletivo trabalhista, em que os sindicatos disciplinem aspectos do futuro dissídio coletivo trabalhista. Trata-se de negócio que visa disciplinar futuro processo coletivo.

Para que tais convenções processuais coletivas sejam celebradas, é preciso que haja legitimação negocial coletiva por parte do ente que a celebre. Aplica-se, aqui, por analogia, o regramento das convenções coletivas de trabalho e convenções coletivas de consumo (art. 107, CDC).

Há também negócios que dizem respeito a processos indeterminados.

Há exemplos de acordos celebrados entre órgãos do Poder Judiciário e alguns litigantes habituais (Caixa Econômica Federal, p. ex.), no sentido de regular o modo como devem ser citados (sobretudo regulando a citação por meio eletrônico) e até a quantidade de citações novas por semana. Tratados internacionais pode disciplinar regras processuais de cooperação internacional – tratados são negócios jurídicos e podem ser fonte de norma processual.

Também não parece haver impedimento para convenções processuais envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil e órgãos do Poder Judiciário para, por exemplo, estipular um calendário de implantação de processo eletrônico ou outros instrumentos de gestão da administração da Justiça. Na medida em que interfiram no andamento de um processo, esses negócios serão processuais.

Outro bom exemplo é a possibilidade de os Estados e o Distrito Federal ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias (art. 75, §4º, CPC). Parece bem razoável a interpretação elástica do dispositivo, até mesmo em razão do art. 190 do CPC, no sentido de a permissão estender-se também aos entes da administração indireta, como as autarquias e empresas estatais.

---

74. Enunciado n. 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "É admissível a celebração de convenção processual coletiva". Certamente, será muito frequente a inserção de convenções processuais em convenções coletivas de trabalho ou de consumo, por exemplo.

75. "(...) alguns exemplos interessantes que constituem objeto dos acordos coletivos processuais na França: (a) as conclusões finais das partes devem anunciar claramente as razões de fato e de direito; (b) comunicação entre tribunal e advogado por via eletrônica; (c) acordo para perícias firmado entre tribunal, ordem dos advogados e associação de peritos, para regulamentar a produção da prova e uniformizar critérios de fixação de honorários; (d) instituição de comissão mista de estudo para acompanhar processos e estudar as eventuais disfunções e apresentar propostas de alterações". (ANDRADE, Érico. "As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo", cit., p. 190.) Sobre o assunto, CADIET, Loïc. "Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del processo y de la justicia en Francia", cit., p. 30-35, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.

6. ATO ILÍCITO PROCESSUAL

Há no processo também atos *ilícitos*: condutas que estão em desconformidade com o Direito.

Adota-se, aqui, a classificação dos ilícitos feita por Felipe Braga Peixoto Netto[76], que, embora baseada na obra de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, avança um tanto em relação a essas.

Os *ilícitos* podem ser classificados de acordo com os seus efeitos em: *indenizativos, caducificantes, invalidantes* e *autorizantes*.

Ilícito indenizativo é o ato contrário ao Direito cujo efeito jurídico é o surgimento de um dever de indenizar. O exemplo mais famoso, no direito processual civil brasileiro, é a *litigância de má-fé* (art. 80, CPC), cujas consequências jurídicas estão reguladas no art. 81 do mesmo Código[77].

Ilícito invalidante é a conduta contrária ao Direito cujo efeito jurídico é dar ensejo à invalidação (desfazimento) de um ato jurídico. A invalidação é a *sanção* cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante[78], e, portanto, em desconformidade com o direito. O estudo da ilicitude processual que leva à invalidade do ato ou do procedimento é feito em capítulo próprio deste *Curso*: "Invalidades processuais".

Ilícito autorizante é a conduta contrária ao Direito que gera para o ofendido ou outro sujeito processual uma *situação jurídica ativa* que lhe permite praticar um determinado ato. É o caso, por exemplo, da conduta do executado que impede a entrada do oficial de justiça, obstando a penhora; nesse caso, o oficial de justiça está autorizado a, mediante ordem judicial, arrombar cômodos e móveis (art. 846, CPC).

Há, ainda, o *ilícito caducificante*, que é a conduta contrária ao Direito que tem por consequência a perda de uma situação jurídica ativa por aquele que o praticou. Trata-se de *ilícito preclusivo*. É o caso, por exemplo, da perda de competência, que decorre do excesso de prazo, pelo juiz, nos termos do art. 235, §2º, CPC. O ilícito

---

76. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

77. Art. 81 do CPC: "De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos".

78. É o que Pontes de Miranda denomina de "ilícito nulificante" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 144-145).

caducificante é objeto de item próprio e estudo mais aprofundado no capítulo sobre *preclusão*, mais à frente.

É possível, ainda, classificar os ilícitos em *culposos* e *não-culposos*. *Culposo* é o ilícito que, para sua configuração, exige a presença de um elemento subjetivo (culpa ou dolo), como é o caso da interposição de recurso com intuito protelatório (art. 80, VII) ou o não atendimento pelo réu do dever previsto no art. 339, CPC[79]. *Não-culposo* é aquele que, para sua configuração, dispensa a presença do elemento subjetivo, perfazendo-se com a simples conduta contrária ao Direito, como é o caso do *venire contra factum proprium* processual – como, por exemplo, recorrer da decisão que já se tenha aceitado.

Finalmente, há os ilícitos *típicos*, como as hipóteses de litigância de má-fé (art. 80, CPC), e há os *atípicos*, que decorrem da violação a normas extraídas de cláusulas gerais, como a boa-fé processual (art. 5º, CPC), de que serve de exemplo o abuso de direito processual.

79. No mesmo sentido, enunciado n. 44 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A responsabilidade a que se refere o art. 339 é subjetiva".

caducifícante é objeto de item [illegible] e estudo mais aprofundado no capítulo sobre preclusão, mais à frente.

É possível, ainda, classificar os ilícitos em culposos e não-culposos. Culposo é o ilícito que, para sua configuração, exige a presença de um elemento subjetivo (culpa ou dolo), como é o caso da interposição de recurso com intuito protelatório (art. 80, VII) ou o não atendimento pelo réu do dever previsto no art. 339, CPC[3]. Não-culposo é aquele que, para sua configuração, dispensa a presença do elemento subjetivo, perfazendo-se com a simples conduta contrária ao Direito, como é o caso do venire contra factum proprium processual – como, por exemplo, recorrer da decisão que já se tenha aceitado.

Finalmente, há os ilícitos típicos, como as hipóteses de litigância de má-fé (art. 80, CPC), e há os atípicos, que decorrem da violação a normas extraídas de cláusulas gerais, como a boa-fé processual (art. 5º, CPC), de que serve de exemplo o abuso de direito processual.

[3] No mesmo sentido, enunciado n. 44 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A responsabilidade a que se refere o art. 339 é subjetiva".

CAPÍTULO 9

Invalidades Processuais

Sumário • 1. Consideração introdutória – 2. Noções básicas sobre os planos da existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos – 3. Sistema de invalidades processuais: 3.1. Sistema de invalidades processuais e sistema de invalidades do direito material; 3.2. O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada; 3.3. Os tipos de defeito processual; 3.4. Não há invalidade sem prejuízo; 3.5. Intervenção do Ministério Público e invalidade; 3.6. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade; 3.7. Sanabilidade dos defeitos processuais; 3.8. Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento; 3.9. Invalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça; 3.10. Máxima da proporcionalidade e princípios da cooperação e da eficiência aplicados ao sistema das invalidades processuais; 3.11. O princípio da boa-fé processual e a regra da proibição do *venire contra factum proprium*; 3.12. Princípio da proteção da confiança; 3.13. Decisão sobre a invalidade e preclusão.

1. CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

É preciso fazer um alerta: este capítulo é um pouco diferente dos outros.

Como se sabe, o estudo das invalidades processuais é assunto dos mais difíceis e polêmicos da ciência do processo. O tema é bastante complexo, notadamente para o aluno de graduação em direito (um dos destinatários deste livro). O seu exame exige, ainda, uma boa formação acadêmica sobre a teoria do fato jurídico, vista, nos cursos de direito, normalmente em Direito Civil – mas nem sempre de maneira satisfatória. A abordagem que deve ser feita, assim, em certos momentos, pode não revelar interesse *prático* ou, em outros casos, pode não ter muita importância na preparação para os concursos públicos (o *concursando* é outro destinatário deste livro). Sucede que esse curso também é lido por estudiosos do direito, que buscam, por vezes, um respaldo teórico maior, seja para o desenvolvimento das suas pesquisas, seja para a preparação das suas aulas (*professores e pós-graduandos* também são destinatários deste livro).

Resolvi, então, traçar um roteiro de leitura deste capítulo, que variará conforme as necessidades do leitor.

Assim, ao *graduando em direito*, aluno de direito processual civil, recomenda-se a leitura apenas do item 3 deste capítulo. Se o leitor é um *concursando*, parece-me indispensável a leitura, além do item 3, também do item 4, que foi escrito tendo como principal destinatário o *candidato* a uma das carreiras jurídicas públicas. A ambos, *graduando* e *concursando*, indica-se a leitura do item 2 apenas se desejarem fazer uma revisão sobre a teoria do fato jurídico ou se quiserem conhecer as premissas teóricas deste autor sobre tal assunto.

Em relação ao *estudioso do processo*, penso que a leitura de todo o capítulo pode ser interessante, quando menos para discordar dos posicionamentos aqui defendidos.

2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS FATOS JURÍDICOS

O fenômeno jurídico deve ser examinado em três planos distintos: existência, validade e eficácia.

O *plano da existência* refere-se aos fatos jurídicos; o *plano da eficácia*, às situações jurídicas (efeitos jurídicos, dentre os quais o mais importante é a relação jurídica).

O *plano da validade* é exclusivo de alguns fatos jurídicos, mais precisamente dos atos jurídicos (negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito),[1] fatos humanos cujo suporte fático dá relevância à vontade. Há fatos jurídicos que não "passam" pelo plano da validade, como são os casos dos *fatos ilícitos* (não se fala de nulidade do crime), dos *atos-fatos* (não se cogita a invalidade de uma pintura) e dos *fatos jurídicos naturais* (infelizmente não se invalida a morte).

A validade do ato diz respeito à eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido. Se houver o preenchimento da *hipótese de incidência* (previsão do fato em enunciado normativo) de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação do *ato* (= invalidação, que se refere tanto à *decretação* do nulo quanto a anulação): a destruição de um ato jurídico em razão de um defeito seu.[2]

> Não se pretende proceder a uma tentativa de distinção entre *nulidade* e *anulabilidade*; a tarefa, frise-se, é das mais árduas. Os critérios distintivos são vários, mas nem sempre o legislador é fiel às lições doutrinárias. Neste momento, cumpre apenas fazer duas observações: a) ambas são hipóteses de invalidação dos atos jurídicos, com regimes jurídicos distintos (legitimidade para arguir, forma de arguição, prazo, sanabilidade do defeito, retroatividade da decretação da invalidade etc.); b) não obstante as diferenças, a invalidação é sempre uma decisão constitutiva negativa.

Não há efeitos jurídicos nulos: os efeitos jurídicos existem ou não. É como afirma Pontes de Miranda: "Não há relação jurídica nula nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, como não há relação jurídica anulável, nem direito anulável, nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença".[3]

O ato jurídico inválido existe. *Ato inexistente* não tem defeito.

1. Há quem restrinja o plano da validade aos negócios jurídicos: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 337-354.
2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 3.
3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 141. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.

Nem todo defeito implica invalidação: a lei pode permitir a conversão do ato jurídico defeituoso em outro ato jurídico (art. 170 do Código Civil),[4] considerar o vício irrelevante ou, ainda, não obstante a falha, aproveitar o ato deficiente. A invalidação é a consequência mais drástica que pode advir da prática de um ato jurídico defeituoso.

A validade de um ato deve ser examinada contemporaneamente à sua formação. O ato jurídico pode nascer defeituoso. A invalidade é sempre congênita. O defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato de consumo, por exemplo) ou ser anterior a ele (coação, dolo, erro etc.), mas jamais pode ser posterior ao ato. Se o ato jurídico é válido, os fatos que lhe sejam supervenientes afetarão a sua existência ou a sua eficácia, não a sua validade. A *resolução* e a *revogação*, por exemplo, são causas de extinção de atos jurídicos por fatos supervenientes à sua formação.

O ato inválido existe – portanto pode produzir efeitos. Não é correto dizer que toda hipótese de nulidade implica a impossibilidade de o ato produzir efeito: é possível que atos nulos produzam efeitos até a sua desconstituição (veja-se a hipótese do casamento nulo) – e, como será visto adiante, é isso o que ocorre com as *invalidades processuais*.

Todo ato inválido, pouco importa o grau da invalidade, precisa ser desfeito. Saber se a nulificação *(a)* dá-se *ex officio* ou por provocação do interessado, *(b)* se gera efeitos retroativos ou *ex nunc*, *(c)* se está ou não submetida a prazo de decretação, *(d)* se pode ser feita por ação e/ou exceção, embora importantes, são questões cuja resposta dependerá do exame do direito positivo, variando conforme o regime jurídico estabelecido pelo legislador, a partir da relevância que dê a este ou aquele defeito do ato jurídico.[5] A circunstância de a nulificação retirar retroativamente os efeitos do ato jurídico ou destruir ato jurídico que não produziu qualquer efeito (nulo *ipso iure*) não é relevante para retirar-lhe a qualidade jurídica de *sanção* – portanto decretável, e não declarável. Não se declaram nulidades, *decretam-se* nulidades[6].

É importante repensar a categoria dos atos ilícitos, normalmente relacionados apenas à responsabilidade civil ou penal. O ato inválido é o que contém um ato ilícito, cuja sanção é a nulificação. A invalidação é a sanção cominada para as

4. Art. 170 do Código Civil: "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".

5. Confira-se, por exemplo, o caso da simulação, que, de defeito apto a gerar simples anulabilidade no Código Civil de 1916 (art. 147, II), se transformou em defeito gravíssimo, apto a gerar nulidade absoluta do negócio jurídico no Código Civil de 2002 (art. 167). Sobre o tema, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 4.

6. Arremata Pontes de Miranda: "Ambas as sentenças que decretam a nulidade e a anulabilidade são constitutivas negativas...". (*Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 33). Ainda nesse sentido, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 76-82; DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20; ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional". *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2004, p. 41.

hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante.[7]

Não se pode confundir, ainda, o defeito com a sanção. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito; a anulação é a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação é a sanção etc.[8] Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê,[9] ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a consequente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso.[10]

Essas noções são conceitos jurídicos fundamentais: independem do direito positivo que se examina; são noções construídas pela epistemologia jurídica. Aplicam-se, portanto, ao direito processual.

É com base nessas premissas teóricas que se examinará, agora, o regramento do direito processual civil brasileiro sobre a invalidação dos atos processuais.

3. SISTEMA DE INVALIDADES PROCESSUAIS

3.1. Sistema de invalidades processuais e sistema de invalidades do direito material

O sistema das invalidades do direito civil é diferente do sistema das invalidades processuais. Ao sistema de invalidades processuais, todavia, aplicam-se todas as noções da teoria geral do direito sobre o plano da validade dos atos jurídicos.

7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 144-145; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 472; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 104-106; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no* processo, cit., p. 12-17; ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos*. 3ª. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 160-162, especialmente a nota 91, em que há amplas referências bibliográficas; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade* Prima Facie *dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 31-32. Roque Komatsu, que não considera a invalidade uma sanção, fez ampla pesquisa doutrinária sobre o tema, que merece ser consultada (*Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 181, nota 18). Também não consideram a nulidade uma sanção: MARDER, Alexandre S. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 30-37. Em *sentido contrário*: HART. Herbert L. A.. *O conceito de direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011, p. 41-43; MITIDIERO; Daniel Francisco. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo". *Visões críticas do processo civil brasileiro:* uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Tesheiner. Guilherme Rizzo do Amaral e Márcio Louzada Carpena (coords.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 51-54, p. 63; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 140.

8. ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional", cit., p. 42; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit., p. 226.

9. DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 14.

10. DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 22.

O sistema das invalidades processuais é construído para que não haja invalidades.[11] A nulidade de um ato processual ou do procedimento é encarada pelo direito processual como algo pernicioso. A invalidação do ato deve ser vista como solução de *ultima ratio*, tomada apenas quando não for possível ignorar o defeito, aproveitando o ato praticado, ou aceitar o ato como se fosse outro (fungibilidade) ou, enfim, determinar a sua correção.

Há um roteiro a seguir: o juiz deve avaliar se o defeito é irrelevante, se não é possível aproveitar o ato como se fosse outro ou se não é possível corrigir o defeito; caso nada disso possa ser feito, então, e somente então, o ato deve ser invalidado.

O órgão julgador deve sentir um profundo *mal-estar* quando tiver de invalidar algum ato processual.

3.2. O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada

O ato processual defeituoso produz efeitos até a decretação da sua invalidade. Não há invalidade processual de *pleno direito*. Toda invalidade processual precisa ser decretada. Pode partir-se da premissa de que os atos processuais são válidos *prima facie*[12]. Trata-se de lição aceita com bastante tranquilidade na doutrina nacional.[13]

3.3. Os tipos de defeito processual

Não há interesse prático na classificação das invalidades processuais. Se toda invalidade processual precisa ser decretada, e somente *o será se respeitadas as normas examinadas a partir do item seguinte*, não há razão para a criação de uma tipologia das invalidades.[14] Qualquer teorização a respeito do assunto seria bastan-

---

11. Daí a surpresa de Pontes de Miranda: "O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação". (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 353).
12. Antonio Cabral propõe afastar o exame de invalidação do raciocínio clássico vinculado ao princípio da instrumentalidade, para tratá-lo a partir do princípio da validade *prima facie* dos atos processuais, preconizando uma "descoberta judicial da invalidade", influenciada pelo debate, com valorização do contraditório, e pelo exame do caso concreto (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade* Prima Facie *dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 201-202).
13. Neste sentido, apenas para exemplificar, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 162; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., *passim*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no* processo, cit., p. 76-82; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed, 2001, v. 2, p. 586-587; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 206-208; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 8, p. 147; DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20; MITIDIERO, Daniel. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 53.
14. Nesta linha, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 141-142; MITIDIERO, Daniel Francisco. "O problema da invalidade dos

te precária, porquanto dependente sempre do direito positivo – seria uma teoria pautada em conceitos *jurídico-positivos*.

A invalidade é sempre uma *sanção*, não havendo diferença se foi aplicada *ex officio* ou por provocação. Só há uma categoria digna de nota: a invalidade processual.

Sucede que há diversas causas de invalidade processual e o regime jurídico de invalidação dos atos/procedimento nem sempre é o mesmo. A distinção que precisa ser feita não é a dos tipos de invalidade. É necessário distinguir os tipos de defeito processual, a partir do regime jurídico de aplicação da *sanção* de invalidade, que dele é decorrente. Alerta-se que é impossível (e pouco útil) fazer uma sistematização exaustiva dos defeitos, tampouco é recomendável listar um número muito grande de exemplos. Como o regime jurídico da invalidação depende de regra do direito positivo, nada impede que, por uma mudança legislativa, um defeito que, antes, gerasse uma invalidade sob certos pressupostos, passe a gerar invalidade submetida a outro e bem diverso regramento.

Premissas estabelecidas, eis a tipologia sugerida.

a) Há defeitos processuais que não geram qualquer invalidade. São defeitos mínimos, chamados por muitos doutrinadores de *meras irregularidades*. São exemplos: "o advogado realiza sustentação oral sem utilizar as vestes talares, regimentalmente exigidas; o escrivão certifica haver procedido à juntada de uma 'sentença', referindo-se, em verdade, a uma decisão interlocutória",[15] desrespeito às exigências de numeração e rubrica das folhas dos autos (art. 207 do CPC) etc.

b) Há defeitos processuais que geram invalidade que não pode ser decretada *ex officio*. Esses defeitos são raros. São situações em que a forma do ato processual é estabelecida com o objetivo de resguardar interesse particular. Normalmente, há previsão legal nesse sentido.

A invalidade nesses casos deve ser requerida pela parte prejudicada, e o silêncio no primeiro momento que lhe couber falar nos autos a respeito implicará preclusão (ex.: não alegação de convenção de arbitragem, art. 337, §6º, CPC), ou por um terceiro, como é o caso da invalidade de ato do cônjuge praticado sem consentimento do outro (art. 1.650 do Código Civil). É o que determina a regra do art. 278, CPC, que é importantíssima e está intimamente relacionada com a proteção da boa-fé. Impede que a parte guarde "na algibeira" a alegação de nulidade, para momento futuro, tornando instável o processo. O tema foi bem percebido pelo STJ, 3ª T, REsp n. 1.372.802/RJ, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, publicado no DJe de 17.03.2014.

---

atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo". *In Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 55-56.

15. TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil", cit., p. 47. Sobre o tema das *meras irregularidades*, recomenda-se a leitura de DALL'AGNOL, Antonio Janyr. "Por um conceito de irregularidade processual". Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). *Saneamento do processo – Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 83-108.

> Convém transcrever trecho do Informativo do STJ, que noticiou esse julgamento: "Segundo entendimento do STJ (REsp 1.148.296-SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC [1973], DJe 18/9/2010), a intimação da parte recorrida para apresentação de contrarrazões é condição de validade da decisão que causa prejuízo ao recorrente. Apesar de esse paradigma ressaltar a importância do contraditório no procedimento recursal, a nulidade decorrente da ausência de intimação para contrarrazões não deve ser tida por insanável, pois o contraditório se renova continuamente no curso do processo, abrindo-se oportunidade às partes para se manifestarem. Na linha de entendimento doutrinário, se até mesmo a ausência de citação pode ficar sanada pela posterior citação em processo de execução, *a fortiori* a ausência de mera intimação também fica sanada com a intimação realizada em momento posterior. Já a estratégia de permanecer silente, reservando a nulidade para ser alegada em um momento posterior, já foi rechaçada, inclusive sob a denominação de "nulidade de algibeira", pela 3ª Turma do STJ".

Cumpre lembrar que os vícios de vontade nos atos processuais das partes submetem-se ao regramento comum: somente dão ensejo à invalidade se houver provocação neste sentido (p. ex.: coação e erro podem invalidar a *confissão*, art. 393 do CPC).

c) Há invalidades processuais que podem ser decretadas *ex officio*. Trata-se, normalmente, de invalidades que decorrem de *defeitos do procedimento*, ausência de "pressupostos processuais" (art. 485, § 3º, CPC). Em tais situações, *pendente o processo*, não há preclusão do poder de invalidar nem há restrição quanto à legitimidade para suscitá-la, tendo em vista que o magistrado pode *nulificar* o ato *ex officio*.

d) Finalmente, há os defeitos que levam a invalidade que pode ser decretada *ex officio*, mas, não tendo havido impugnação da parte prejudicada, no primeiro momento que cabe a ela falar nos autos, há preclusão.

Trata-se do tipo de *defeito* cuja identificação é a mais difícil.

É muito importante, porém, admitir a sua existência, até mesmo para mitigar a regra de que toda invalidade que pode ser decretada *ex officio* pode sê-lo a qualquer tempo, o que compromete a segurança jurídica e as finalidades do processo.

Vejamos dois casos: *i)* O magistrado pode invalidar uma citação *ex officio*, até mesmo porque se trata de um vício *transrescisório*, mas, se o réu apresentar a sua resposta, e não se manifestar sobre isso, há *preclusão* da possibilidade de invalidação do procedimento por tal motivo, *independentemente* da verificação de ocorrência do prejuízo; *ii)* o magistrado pode reconhecer *ex officio* a sua incompetência em razão da absusividade de uma cláusula de foro de eleição, mas somente pode fazê-lo até a ouvida do réu, sob pena de prorrogação da competência (art. 63, §§3º e 4º, CPC).

3.4. Não há invalidade sem prejuízo

A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. *Não há nulidade processual sem prejuízo (pas de nullité sans grief)*.[16] A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo. Sempre – mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, ou as chamadas *nulidades absolutas*.[17]

Há *prejuízo* sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade. Mas não basta afirmar a violação a uma norma constitucional para que o prejuízo se presuma[18]. O prejuízo, decorrente do desrespeito a uma norma, deverá ser demonstrado caso a caso.

Há diversos artigos do CPC que vão nesse sentido. Esse fato decorre da preocupação do nosso legislador de evitar nulidades e de lembrar ao magistrado de que, sem prejuízo, não se deve invalidar o ato processual.

O art. 277 do CPC consagra o chamado *princípio da instrumentalidade das formas*, que é uma variação do quanto aqui se disse: "Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".[19]

O art. 281 do CPC, *segunda parte*, segue essa linha, temperando o *princípio da causalidade*, logo abaixo examinado: "a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes".

O § 1º do art. 282 do CPC é no mesmo sentido: "§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte".

Por fim, mas não menos importante, o art. 283 do CPC, totalmente dedicado ao tema: "Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte".

16. Teresa Wambier denomina o fenômeno de *princípio da transcendência* (*Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 179).
17. Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 60, p. 35-36. Em sentido bem próximo, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 51.
18. Nesse sentido, enunciado n. 279 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Para os fins de alegar e demonstrar prejuízo, não basta a afirmação de tratar-se de violação a norma constitucional".
19. No IX Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em Portugal, em 1991, proclamou-se que o art. 244 do CPC-193, correspondente ao art. 277 do CPC atual, é, no plano internacional, a mais bela regra do atual Direito Processual. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187).

3.5. Intervenção do Ministério Público e invalidade

A falta de intervenção do Ministério Público implica nulidade do procedimento, a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado (art. 279, *caput* e §1º, CPC).[20] A participação do Ministério Público, em tais casos, é encarada como "pressuposto processual" objetivo intrínseco de validade.

A nulidade somente pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou inexistência de prejuízo (art. 279, §2º, CPC).

O que dá ensejo à nulidade é a falta de intimação; "se intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há".[21] O problema da não-intervenção, embora tenha havido a intimação, resolve-se nas esferas disciplinar e administrativa.[22]

A decretação de nulidade pela falta de intervenção ministerial deve ser apreciada em consonância com as diversas outras regras que norteiam o sistema de nulidades do processo civil brasileiro. Daí porque ainda hoje se mostra correta a conclusão 42 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada (ENTA): "A intervenção da Procuradoria da Justiça em segundo grau evita a anulação de processo no qual o Ministério Público não tenha sido intimado em primeiro grau, desde que não demonstrado o prejuízo do interesse tutelado".

Da mesma forma, não se invalida o procedimento, pela falta de intervenção do Ministério Público, se a decisão for favorável ao incapaz, cuja presença em juízo é a causa da intervenção ministerial (art. 178, II, CPC).[23-24]

3.6. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade

Somente se deve nulificar um *ato do procedimento* ou o próprio *procedimento* se não for possível aproveitá-lo – do mesmo modo que a invalidação deve

---

20. "Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. § 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado".
21. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, t. 3, p. 519. Também conforme, NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 689.
22. FABRÍCIO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 518.
23. Conclusão n. 20 do 1º Encontro Nacional de Processo Civil, 1980: "O Ministério Público pode ratificar atos de que não participou e para os quais devia ser intimado, observando o princípio do prejuízo (art. 246)". (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189.) A referência é ao CPC-1973, cujo enunciado é idêntico ao atual. Assim, também, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 51; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", cit., p. 36-38. Também entendendo como necessária a demonstração de existência de prejuízo para o incapaz para a configuração dessa nulidade: STJ, 6ª T., AgRg no AREsp n. 74.186/MG, rel. Min. Sebastião Reis, j. em 05.02.2013, publicado no DJe de 22.02.2013.
24. Nesse sentido: STJ, 3ª T.,AgRg no AREsp n. 96.428/PA, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 13.10.2012, publicado no DJe de 06.11.2012.

restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas.

O magistrado deve tentar aproveitar o ato processual ou o procedimento defeituoso. Eis o *princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos*, que se aplica sempre, pouco importa o grau do defeito do ato ou do procedimento.[25] Os artigos do CPC mencionados linhas atrás, que consagrariam o princípio de que não há nulidade sem prejuízo, também servem como fundamento normativo para a aplicação do princípio ora examinado.

O *princípio da fungibilidade* dos meios processuais é a manifestação doutrinária e jurisprudencial mais clara de *aplicação* do princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. De acordo com tal princípio, é possível aproveitar um ato processual, indevidamente praticado, como outro ato (p. ex.: aproveitamento de um recurso pelo outro). Na verdade, o *princípio da fungibilidade* é a versão processual da regra da *conversão do ato nulo*, já consagrada no direito brasileiro (art. 170 do Código Civil). O *princípio da fungibilidade* diz respeito, inclusive, a qualquer juízo de admissibilidade (juízo e validade do procedimento/ato postulatório), seja relativo ao recurso, seja relativo ao procedimento principal, como vem pugnando a mais prestigiada doutrina.[26] Entende-se que o direito processual brasileiro consagra o *princípio* no enunciado do art. 277 do CPC, já transcrito.

Além do princípio da fungibilidade, há regras específicas sobre fungibilidade, como a relativa às tutelas de urgência (art. 305, par. ún., CPC) e as que se referem aos recursos extraordinários (arts. 1.032 e 1.033, CPC).

3.7. Sanabilidade dos defeitos processuais

No direito processual, a quase totalidade dos defeitos pode ser sanada. Por mais grave que seja, mesmo que apto a gerar a invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, o defeito é sanável.[27] O art. 938, §1º, CPC, ratifica esse princípio, ao concretizá-lo no âmbito do tribunal, já em julgamento de recurso.

Há pelo menos duas exceções a essa regra: a) a falta de interesse de agir – não há como suprir a falta de utilidade ou necessidade do processo; b) a intempestividade do ato processual[28].

25. Corretamente, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", cit., p. 37-38.
26. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2001, p. 1.090-1.144.
27. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 688; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", cit., p. 36; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., *passim*.
28. Para Roberto Campos Gouveia Filho, a tempestividade é condição de eficácia do ato, não um requisito de validade, conforme conversa travada com o autor; para ele, ato intempestivo é válido, mas ineficaz.

O art. 1.029, §3º, CPC, reforça a impossibilidade de correção da intempestividade: "§ 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave". Dispositivo semelhante é o §11 do art. 896 da CLT, inserido pela Lei n. 13.015/2014.

Além de poder ser sanado com a repetição do ato ou a sua simples correção (regularização posterior da procuração judicial, por exemplo), o defeito pode ser sanado: a) pela preclusão da oportunidade de apontá-lo e, pois, de requerer a invalidade; b) pela eficácia preclusiva da *coisa julgada* (art. 508 do CPC): neste caso, cumpre verificar se o *defeito processual* transformou-se em *hipótese de rescindibilidade* da decisão judicial (art. 966, CPC); c) ultrapassado o prazo de dois anos da ação rescisória, a decisão judicial é mantida, sendo irrelevante a existência de defeitos que possam invalidá-la. Perceba-se que não há propriamente a correção do defeito em tais hipóteses. Na verdade, os defeitos remanescem, mas se tornam inaptos a servir de fundamento para a invalidade processual.

Mesmo nos casos de ausência de citação ou de citação defeituosa que gerou revelia, vícios *transrescisórios*,[29] que permitem a invalidação da decisão judicial após o prazo da ação rescisória (art. 525, §1º, I, e art. 535, I, CPC – ver item adiante), há possibilidade de suprimento do defeito pelo comparecimento do réu ao processo (art. 239, §1º, CPC). Para Pontes de Miranda, inclusive, se o réu, citado/intimado regularmente na execução da sentença proferida em processo com tal defeito, comparecer e não o apontar, sanado está o vício, pela preclusão.[30]

Pode-se afirmar que o CPC adota o princípio da sanabilidade dos defeitos processuais[31].

3.8. Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento[32]

Há invalidade do *procedimento* (conjunto de atos) e invalidade de cada um dos *atos do procedimento*. É importante essa constatação.

A nulificação do procedimento atinge o processo como um todo e está relacionada ao não-preenchimento dos requisitos de admissibilidade do processo ("pressupostos processuais"). São os chamados *vícios de fundo*, segundo a conhecida

29. TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.
30. "Nos casos do art. 741, I, a não-arguição, tendo comparecido o executado, supre". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 77.) O texto se refere a artigo do CPC/1973, que corresponde ao atual art. 539, §1º, I.
31. Nesse sentido, enunciado n. 278 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos".
32. Sobre o tema, amplamente, DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11-51.

classificação de Teresa Wambier.[33] *Inadmissibilidade* é o *nomen iuris* da sanção de invalidade do procedimento[34] ou do ato postulatório.

Essa concepção deve ser aplicada a qualquer procedimento (principal ou incidental, de primeiro grau ou recursal, de conhecimento ou executivo etc.) e a qualquer ato postulatório, inicial ou incidental (petição inicial, contestação, recurso, pedido de produção de prova, reconvenção, denunciação da lide, conflito de competência etc.). O *juízo de admissibilidade* é categoria que pertence à teoria geral do processo e se aplica ao procedimento e ao ato postulatório.

Cada um dos atos do procedimento tem os seus próprios requisitos de validade. A invalidação de um dos atos do procedimento é o que determina a invalidação dos demais atos que lhe seguirem (regra da *causalidade normativa*), impedindo a realização do ato final e impondo a invalidação de todo o procedimento (o conjunto de atos; o ato jurídico complexo). Os atos praticados antes daquele que se invalidou não são afetados por essa nulificação, porquanto já executados (não há nulidade por fato posterior à prática do ato, relembre-se)[35].

> O art. 281, *primeira parte*, do CPC, consagra o *princípio da causalidade* (ou da concatenação e da *interdependência* dos atos processuais)[36] na invalidação dos atos processuais: "Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam..."
>
> Os atos posteriores somente serão desfeitos se dependerem do ato invalidado. O juiz terá de fundamentar a razão pela qual desfaz o ato posterior[37].

Então, relembre-se: o estudo das invalidades processuais abrange não somente os defeitos relevantes (aptos a gerar invalidade) dos atos processuais, mas, também, os defeitos de todo o procedimento. Em ambos os casos, há invalidade processual, que deve seguir todo regime jurídico ora examinado.

Admite-se que o magistrado possa, não obstante um defeito do procedimento (falta de um "pressuposto processual" de validade),[38] em certos casos (ressalvados o impedimento/suspeição, se a parcialidade ocorrer em favor do réu, e a incompetên-

33. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 197-200.
34. Também equiparando as noções de admissibilidade e de nulidade, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 44.
35. Assim, também, enunciado n. 276 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Os atos anteriores ao ato defeituoso não são atingidos pela pronúncia de invalidade".
36. WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 180.
37. Assim, também, enunciado n. 277 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Para fins de invalidação, o reconhecimento de que um ato subsequente é dependente de um ato defeituoso deve ser objeto de fundamentação específica à luz de circunstâncias concretas".
38. Em sentido diverso, não admitindo a aplicação do § 2º do art. 249 quando houver carência de ação, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 51.

cia absoluta), ignorando-o, avançar no mérito e rejeitar a pretensão do demandante. Isso não causaria qualquer prejuízo ao demandado, muito ao contrário.[39] Assim, por exemplo, o magistrado poderia julgar improcedente o pedido do autor mesmo diante de um defeito da sua petição inicial, como a falta de juntada de documentos indispensáveis, ou da falta de comprovação do pagamento das custas processuais. Note-se que, mesmo diante de um defeito que gera a nulidade do processo (*nulidade absoluta*, na linguagem comum dos doutrinadores), o juiz está autorizado a desconsiderá-lo, evitando a nulidade, se puder aproveitar o ato sem causar prejuízo à parte que se beneficiaria com a nulificação. Trata-se de aplicação direta do disposto no art. 282, § 2º, do CPC:

> "Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta".

A regra é reforçada pelo art. 488 do CPC: "Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485".

3.9. Invalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça

É preciso distinguir o regime da invalidação dos *atos do juiz* do sistema de invalidação dos *atos dos demais sujeitos processuais*.

Primeiramente, examinemos o sistema de invalidação das decisões judiciais.

A decisão judicial defeituosa deve ser invalidada por meio da interposição de *recurso*, pelo qual se alegue *error in procedendo*. A não impugnação da decisão implicará preclusão, ressalvada regra expressa em sentido contrário (como, por exemplo, o exame posterior de questões de admissibilidade ainda não decididas, que comprometam a validade de decisão já proferida, como pode acontecer nos termos do art. 485, § 3º, CPC).

Em alguns casos, sempre antes da decisão que encerre a *instância* (o procedimento em determinado grau de jurisdição), é possível pedir a invalidação da decisão por simples petição dirigida ao próprio juízo que a proferiu, que poderá desfazer a sua própria decisão – é o que acontece no reconhecimento do impedimento, que inclusive pode ocorrer *ex officio*. Após o encerramento da *instância*, ainda é possível a correção de defeitos da decisão no julgamento de embargos de declaração ou em razão de erro material (art. 494 do CPC).

---

39. Sobre o tema, amplamente, SOUSA, Miguel Teixeira e. "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 66; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 474-481; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006; HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional – a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006; BATISTA, Lia Carolina. "Pressupostos processuais e efetividade do processo civil – uma tentativa de sistematização". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 214, p. 106-112.

Após o término do processo, com o surgimento da coisa julgada, a decisão judicial somente pode ser desfeita por meio de *ação rescisória* (art. 966 do CPC). A coisa julgada material faz com que o defeito que poderia levar à invalidação da decisão transforme-se em *hipótese de rescindibilidade*. Transcorrido *in albis* o prazo decadencial para a propositura de *ação rescisória* (dois anos, art. 975 do CPC), a decisão judicial, por mais defeituosa que seja, não mais poderá ser desfeita.

> Convém anotar o seguinte: a *ação rescisória*, no direito brasileiro, permite a rescisão da sentença por motivos relacionados à sua *validade* (arts. 966, II e IV, p. ex.) e à sua *justiça* (art. 966, VI e VII, p. ex.). Não é correto, assim, estabelecer uma relação *fidelidade* entre a *ação rescisória* e a invalidade da decisão judicial.

No direito processual civil brasileiro, há apenas duas hipóteses de decisão judicial *existente* que pode ser invalidada após o prazo da *ação rescisória*: decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 525, §1º, I, e art. 525, I, CPC). Nesses casos, bem denominados de *vícios transrescisórios*, impugna-se a decisão judicial por meio de ação de nulidade, denominada *querela nullitatis*, que se distingue da *ação rescisória* não só pela hipótese de cabimento, mais restrita, como também por ser imprescritível e dever ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é caso da *ação rescisória*). Ambas, porém, são ações constitutivas.[40]

> Assim, o *réu revel não-citado ou citado irregularmente* pode resistir aos efeitos da sentença a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória (mas também por ela),[41] e, se for o caso, pleitear a decretação da sua nulidade por meio de: *i)* impugnação ao cumprimento da sentença; *ii)* ação autônoma e imprescritível de nulidade da sentença (*querela nullitatis* ou *actio nullitatis*); *iii)* exceção de não-executividade.[42] É importante a ressalva, pois a hipótese do art. 525, §1º, I, CPC, refere-se apenas à sentença que reconhece a existência de obrigação, e que portanto é título executivo. Sentenças constitutivas ou declaratórias (sem eficácia executiva), que padecessem de tal vício, não poderiam ser invalidadas pela impugnação prevista neste artigo, porque execução não haveria.[43]

---

40. Pontes de Miranda já advertia sobre a necessidade de se distinguirem as decisões inexistentes, rescindíveis (válidas, mas atacáveis por ação rescisória, a despeito da coisa julgada) e nulas, que, embora existentes, não valem e podem ser desconstituídas a qualquer tempo (sobre o tema, amplamente, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 190-199).
41. Contra, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed., cit., p. 107-108.
42. Pontes de Miranda fala de *exceptio nullitatis* (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 83).
43. Mais uma vez, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 86.

Agora, cuidemos dos *atos das partes*.

Em relação a eles, distingue-se o modo de sua invalidação pela existência ou não de coisa julgada material.

Se *há coisa julgada*, os atos processuais das partes tornam-se invulneráveis, não podendo mais ser invalidados. A eficácia preclusiva da coisa julgada torna anódina a apreciação da validade de tais atos jurídicos, ressalvadas as hipóteses em que isso for relevante para destruir a própria coisa julgada, como acontece nos casos do inciso III do art. 966 do CPC.

Se *não há coisa julgada*, e o *processo ainda está em curso*, o ato processual da parte pode ser invalidado, se não tiver havido preclusão, *ex officio*, quando for o caso, ou a partir de simples petição dirigida ao juiz da causa (ao relator, *ad referendum* do colegiado a que pertença, quando o processo estiver em tribunal). Não é necessário o ajuizamento de demanda judicial com este objetivo específico, ressalvada regra legal expressa que exija propositura de ação autônoma.

> A doutrina não costuma tratar da invalidade do ato da parte. Trata-se de omissão que não se justifica. Basta pensar em dois exemplos frequentes: indeferimento da petição inicial ou do recurso, que não preencheu seus requisitos de validade, e a nulidade do ato praticado sem capacidade processual[44]. Aliás, o art. 4º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/1994) expressamente reputa nulo o ato privativo de advogado praticado por quem não o seja. Além disso, o art. 393 do CPC expressamente autoriza a invalidação da confissão, ato exclusivo da parte. Costuma-se adotar o dogma da irrelevância da vontade na prática dos atos processuais – dogma simplesmente injustificável[45], que parte de outra premissa não demonstrada: a inexistência de negócios processuais. Pergunta-se: uma demanda simulada ou promovida por coação ou dolo não pode ser invalidada? Quer dizer que ela terá de produzir seus efeitos, necessariamente, sem a possibilidade de, como ato jurídico, ser desconstituída? Nada há no sistema jurídico brasileiro que autorize essa interpretação. A vontade é relevante no processo civil; atos da parte são atos jurídicos, como

44. Cândido Dinamarco não admite falar de nulidade de *ato da parte*: "São outras as técnicas pelas quais da invalidade se passa à sua incapacidade de produzir os efeitos desejados pelo agente". (*Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 587.) Adota o pensamento de Cândido Dinamarco, MITIDIERO, Daniel. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 51.

45. O equívoco da concepção foi amplamente demonstrado por SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*, cit., *passim*. Embora adote a concepção tradicional, Bruno Silveira de Oliveira reconhece que são "ponderáveis" os argumentos contra esse dogma e, ao que nos parece de modo algo contraditório, elabora uma tese para desenvolver critérios de *interpretação* dos atos postulatórios, o que, em última análise, redunda na interpretação da vontade da parte (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 121-124).

quaisquer outros. Aplica-se, enfim, ao ato jurídico processual da parte a regra do art. 166 do Código Civil.[46]

A observação é, ainda, importantíssima em um sistema que estimula a negociação processual – examinado no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais.

Nada impede, porém, que, em alguns casos, a lei exija o ajuizamento de ação autônoma para invalidar o ato processual da parte, como acontece no caso da confissão, embora isso seja raro e não recomendável, sobretudo por questão de eficiência processual.

Se *não há coisa julgada*, e *o processo já se encerrou*, é possível o ajuizamento de ação de invalidação.

Os *atos processuais dos auxiliares da justiça* são invalidados pelo juiz da causa (o que inclui o relator, *ad referendum* do colegiado a que pertença, quando o processo tramitar em tribunal), nos próprios autos e no mesmo processo, sem necessidade de ação autônoma com esse objetivo, *ex officio* ou a requerimento da parte interessada. É o que acontece, por exemplo, com o pedido de invalidação da penhora, da citação ou do ato praticado por delegação, nos termos do art. 203, § 4º, CPC.

3.10. Máxima da proporcionalidade e princípios da cooperação e da eficiência aplicados ao sistema das invalidades processuais

Três normas fundamentais, já examinadas no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil, têm especial importância no sistema decretação das invalidades processuais. São elas: proporcionalidade (*devido processo legal substancial*), eficiência e cooperação. É importante, neste momento, voltar ao primeiro capítulo e reler o que ali se disse sobre elas.

É preciso averiguar a relação de *adequação, necessidade* e *razoabilidade* entre o defeito do ato processual e a sanção de invalidade, que dele é consequência. No exame da gravidade do defeito, também é indispensável *ponderar* se a invalidação do ato ou do procedimento não seria medida por demais drástica e não-razoável. Na verdade, a *proporcionalidade* deve ser observada principalmente na própria análise da gravidade do defeito.[47]

46. "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção".

47. "O juiz que exerce o raciocínio decalcado no princípio da proporcionalidade sempre tentará salvar atos processuais praticados, exercitando os princípios mencionados, pois proferirá juízo de ponderação, para atingir o equilíbrio, com

O *princípio da eficiência* está intimamente ligado ao sistema de invalidação dos atos processuais. Basta que se observem as inúmeras regras já examinadas, que impõem ao magistrado o dever de tentar extrair a máxima eficácia dos atos defeituosos, exatamente para evitar a sua desnecessária repetição.

O *princípio da cooperação* aplica-se ao sistema das invalidades processuais,[48] conforme apontado no capítulo sobre os princípios processuais. Essa manifestação revela-se com muita facilidade quando o magistrado cumpre o seu *dever de prevenção*, que lhe impõe a conduta de advertir às partes sobre os defeitos processuais de seus atos, dando-lhes prazo para a correção do defeito e indicando o *modo* como o defeito deva ser sanado. Cabe a lembrança, para exemplificar, do dever do magistrado de apontar o defeito da petição inicial antes de indeferi-la, exatamente para que a parte autora possa exercitar o seu direito de *emenda* do instrumento da demanda (art. 321 do CPC).

3.11. O princípio da boa-fé processual e a regra da proibição do *venire contra factum proprium*

No sistema das invalidades processuais, vige a regra que proíbe o comportamento contraditório (vedação ao *venire contra factum proprium*). Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender o princípio da boa-fé processual. Convém explicar o tema, a partir da lição de Judith Martins-Costa:

> "Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo. Consiste, pois, numa vedação genérica à deslealdade...".[49]

Trata-se de lição velha, embora aplicada com outros termos.

Na sistematização do instituto da *preclusão* (perda de poder jurídico processual), a doutrina refere-se à *preclusão lógica*, que consiste na "impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em

---

fulcro na necessidade, adequação e menores ônus para o processo quanto ao caminho escolhido, afastando-se os excessos". (GÓES, Gisele. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.)

48. Também relacionando o princípio da cooperação e o sistema das invalidades processuais, MITIDIERO, Daniel. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 55. No mesmo sentido, mais recentemente, CAVANI, Renzo. "Contra as 'nulidades-surpresa': o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 218, p. 65-80; MESSIAS, João Lucas Souto Gil. *Evitando nulidades processuais com o princípio da cooperação – da teoria à prática*. João Pessoa: Ideia, 2014.

49. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 110.

razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior".[50] A ideia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, da regra do *nemo potest venire contra factum proprium*.[51]

O CPC consagra a regra no art. 276: "Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa". O enunciado normativo aplica-se, segundo a maioria da doutrina,[52] apenas aos casos em que o defeito do ato processual não permite a invalidação a qualquer tempo (*nulidades relativas ou anulabilidades processuais*, conforme se costuma dizer); se se trata de defeito que permite invalidação *ex officio* e a qualquer tempo, como, por exemplo, a incompetência absoluta, mesmo o autor, que demandou perante o juízo incompetente, e, portanto, deu causa à invalidade, poderia requerê-la – nesse caso, porém, deveria ser punido com sanção pecuniária em razão de litigância de má-fé.[53] Adota-se, assim, o dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Aplicada essa regra, o autor não poderia suscitar a incompetência relativa do juízo, tendo em vista que foi ele mesmo quem escolheu o foro onde a demanda foi proposta. É também em razão disso que o executado não pode pedir a nulidade da penhora feita em bem por ele espontaneamente oferecido, mesmo que se trate de bem impenhorável.

Mas a questão não é tão simples.

Há manifestações doutrinárias que apontam no sentido da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* mesmo nos casos de defeito processual que pode gerar invalidade a qualquer tempo e *ex officio* (falta de "pressuposto processual" de validade, por exemplo).

Não parece razoável, de fato, defender que a ilicitude derivada de comportamento contraditório possa ficar restrita apenas ao âmbito das chamadas *anulabilidades* ou *nulidades relativas* processuais. A ideia de que as nulidades processuais estariam relacionadas a *normas cogentes*, de "*ordem pública*" (expressão que não encampamos, embora corriqueira), e que, portanto, a elas não se poderia aplicar

50. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 209.

51. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*", cit., p. 119-120.

52. TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 52; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 304; TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 231; DINAMARCO, Pedro. *Código de Processo Civil Comentado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 685; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 1, p. 595.

53. Em termos bem próximos ao texto, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil", cit., p. 52.

a regra da proibição do *venire* (eis que se trata de regra relacionada à autonomia privada) não parece adequada com os postulados da atual hermenêutica.[54] Parte-se de uma premissa de que sempre, em eventual conflito entre o interesse particular e um interesse protegido por norma de ordem pública, esse prepondera sobre aquele, pouco importam as peculiaridades do caso concreto. Sucede que a melhor solução não é essa.

A proteção da *boa-fé objetiva* também é manifestação do interesse público.[55]

A solução mais correta é a aplicação da *máxima da proporcionalidade*, ponderando, em concreto, "o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social".[56] A supremacia do interesse público deve ser verificada caso a caso, não sendo razoável que se estabeleça, *a priori*, que, em qualquer conflito envolvendo o interesse público e o interesse particular, deva aquela prevalecer sobre esse.[57] A prevalência do interesse público é, apenas, "uma regra abstrata de preferência em caso de colisão (*Kollisionspräferenzregel*)".[58]

Feita a *ponderação*, três são as conclusões possíveis: *i)* decretar a nulidade do ato, desconstituindo os seus efeitos; *ii)* decretar a nulidade do ato, mantendo os seus efeitos pretéritos (*decretação com eficácia ex nunc*); *iii)* não decretar a invalidade do ato, conservando-o com sua plena eficácia.[59]

3.12. Princípio da proteção da confiança

Já se viu que um dos pilares do sistema de invalidades processuais no direito brasileiro é a validade *prima facie* dos atos processuais, que produzem efeitos até a eventual decretação da sua invalidade. Vimos, também, no capítulo sobre as

---

54. Sobre a importantíssima questão dos mecanismos de solução do conflito entre os interesses públicos e os interesses privados, consultar todos os textos da coletânea de estudos coordenada por Daniel Sarmento, de que participam, além do coordenador, Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Alexandre Santos Aragão e Paulo Ricardo Schier: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
55. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 250.
56. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 258. Sobre a utilização do princípio da proporcionalidade para a solução do conflito entre o interesse público e o interesse privado, amplamente, BINENBOJM, Gustavo. "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo". *Interesses públicos versus interesses privados*. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-169; ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'". *Interesses públicos versus interesses privados*. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-215.
57. ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", cit., p. 202.
58. ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", cit., p. 185.
59. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 258.

normas fundamentais, que um dos princípios que regem o direito processual civil brasileiro é o da proteção da confiança, muito útil na aplicação do sistema de invalidades processuais.

Partindo dessas premissas, Antonio do Passo Cabral desenvolve uma espécie de regra de ouro para compatibilizar a proteção da confiança com o respeito ao formalismo processual.

O raciocínio é elaborado em forma de função: "tanto mais tempo se tenha passado desde a prática do ato defeituoso, tanto menor é a possibilidade de sua invalidação"; ou, de outra maneira, "tanto mais tempo se tenha passado desde a prática do ato defeituoso, tanto mais difícil será, para o órgão julgador, justificar a sua invalidação".[60]

3.13. Decisão sobre a invalidade e preclusão

A decisão sobre a invalidação ou não do ato/procedimento submete-se normalmente à preclusão (arts. 505 e 507 do CPC), esgotadas as possibilidades de impugnação recursal.

Nada justifica tratamento diverso, mesmo para os casos das (mal) chamadas *nulidades absolutas* ou *nulidades de fundo*. Ou seja, a decisão sobre o preenchimento ou não dos "pressupostos processuais" submete-se à preclusão como qualquer outra. É preciso atentar para a distinção entre possibilidade de *exame da questão a qualquer tempo* e possibilidade de *reexame da questão a qualquer tempo*, o que, de acordo com os artigos citados, não é possível. O tema da preclusão da decisão sobre os requisitos de admissibilidade do processo será mais bem desenvolvido no capítulo sobre as *providências preliminares e o julgamento conforme o estado do processo*, em item dedicado à eficácia preclusiva da decisão de saneamento.[61]

60. "Além disso, não podemos esquecer que, para delinear a confiança legítima, o fator tempo é de suma importância. Se o lapso temporal, maior ou menor, não é requisito para verificarmos a contrariedade entre as condutas, o tempo transcorrido entre a prática do ato viciado e a análise da necessidade da sua invalidação será primordial para a caracterização da confiança. De fato, com o passar do tempo, toda relação jurídica, inclusive a processual, tende a tornar-se estável e cada vez mais sólida, cristalizando a expectativa de manutenção do comportamento anterior e impedindo, com força igualmente crescente, a contradição da conduta tomada. (...) As expectativas são criadas pela *evolução* de um *fato complexo* constitutivo, que, enquanto não se aperfeiçoa, somente pode ser definido como uma incerteza pendente, pois não se sabe se o fato completar-se-á; quanto mais se caminha na direção de formar-se o direito à não contradição do comportamento anterior, mais este estado acumulativo de circunstâncias vai criando uma situação de vantagem, que atribui ao seu titular a aquisição de uma situação jurídica final (no nosso caso, o direito de não ser surpreendido com um ato incompatível com o padrão de conduta). Isso fica claro quando enxergamos os comportamentos no plano da influência reflexiva e com consideração do *alter*. Afinal, o tempo do processo não é apenas o tempo de cada um. É um tempo compartilhado, vivido e convivido na simultaneidade temporal do procedimento". (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade* prima facie *dos atos processuais*. 2ª *ed*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.322-323.)

61. Sobre o tema, com mais referências, DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 83-99.

CAPÍTULO 10

Preclusão

Sumário • 1. Conceito – 2. Fundamentos da preclusão e o seu papel no formalismo processual – 3. Classificação: 3.1. Generalidades; 3.2. Preclusão temporal; 3.3. Preclusão lógica; 3.4. Preclusão consumativa; 3.5. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva – 4. Natureza jurídica: 4.1. A preclusão como fato e como efeito jurídico; 4.2. A preclusão como sanção – 5. Preclusão, prescrição e decadência – 6. Preclusão para o juiz – 7. Efeitos da preclusão.

1. CONCEITO

Etimologicamente, em suas origens latinas, preclusão advém de *preclusio,* mais especificamente do verbo *praecludere*, que significa fechar, tapar, proibir, vedar.[1]

A preclusão, como instituto processual, é antiga. Remonta ao direito romano-canônico, quando assumia um caráter punitivo, sendo concebida como forma de ameaça jurídica.[2] No século XIX, os processualistas franceses também referiam a fenômeno semelhante, a chamada *forclusion* (*exclusio a foro*), no sentido de caducidade referente não só ao direito processual, como também ao direito material[3].

O conceito e a sistematização do instituto devem-se, sobretudo, a Giuseppe Chiovenda, cujo pensamento tem sido seguido por praticamente toda doutrina processual.

> Chiovenda, por sua vez, esclarece que sua fonte de inspiração foi a obra de Oskar Bullow. Foi o alemão que o incitou a partir para o estudo do instituto, visando dar-lhe contornos mais simples e precisos.[4]

A preclusão é definida como a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de *poder processual das partes*, seja a *perda de um poder do juiz*.[5]

> A definição originária de Chiovenda parece abranger tão-só a perda de "faculdades" processuais das partes. Mas o próprio jurista,

1. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1992, p. 27.
2. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil.* Campinas: RED Livros, 1999, p. 130.
3. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, cit., p. 130.
4. "Mis observaciones han tenido un propósito y un resultado de simplificación y de diferenciación. Me proporcionó la idea y el punto de partida uno de los escritores alemanes que más han contribuido al progreso de la moderna ciencia procesal con aportaciones de ideas, no solamente nuevas, sino sanas, fecundas e propulsoras; me refiro a OSKAR BULOW, en su trabajo fundamental *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten.* Aquí se analizan, com uma visión realista y aguda, aunque a través de cierta ilusión histórico-germanística, algunos importantes casos de preclusión, en la contumacia, en la confessión, en el juramento, en la competência, en la cosa juzgada" (CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa Juzgada y preclusión". Santiago Sentís Melendo (trad.). *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1949, v. 3, p. 226).
5. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão". *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 156-157.

> posteriormente, reconhece a possibilidade de preclusão de poderes do julgador de examinar questões; por isso, impõe-se o alargamento do significado do instituto.[6]
>
> Heitor Vitor Mendonça Sica propõe a divisão *preclusão dirigida à atividade das partes* e *preclusão sobre questões incidentais*.[7]

2. FUNDAMENTOS DA PRECLUSÃO E O SEU PAPEL NO FORMALISMO PROCESSUAL

O processo é uma marcha para frente, uma sucessão de atos jurídicos ordenados e destinados a alcançar um fim, que é a prestação da tutela jurisdicional. Trata-se de um método de solução de conflitos que se vale de um conjunto de normas que ordenam a participação e o papel dos sujeitos do processo. A esse conjunto de normas dá-se o nome de formalismo processual.

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira o *formalismo processual* "diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades* e *deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais".[8] Arremata o autor:

> "Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado".[9]

A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento e, pois, para a delimitação das normas que compõem o formalismo processual. A preclusão apresenta-se, então, como um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais pelas partes, bem como impede que questões já decididas pelo órgão jurisdicional possam ser reexaminadas, evitando-se, com isso, o retrocesso e a insegurança jurídica.

---

6. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão", cit. p. 156-157.
7. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 277.
8. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 8
9. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo", cit., p. 8.

> Segundo Dierle Nunes, o processo é uma estrutura progressiva de preclusões, que permitem um "desenrolar adequado das fases processuais de forma a possibilitar uma irreversibilidade (...) trazendo um caráter dinâmico ao procedimento em contraditório. Desta forma, os sistemas processuais, em maior ou menor grau, são sistemas de preclusão onde são estabelecidos com maior ou menor rigor fases e momentos procedimentais para a prática de atos e respectivos ônus pelo descumprimento". As preclusões são uma alternativa legítima para o alcance da efetividade e da duração razoável do processo. As preclusões imprimem ritmo e dinamicidade ao processo, sem comprometer o modelo constitucional de processo – sem colocar em xeque sua legitimidade, portanto[10].

Não há processo sem preclusão.

É possível que o formalismo processual minimize a preclusão para certas situações (como o faz em tema de prova e de exame de determinadas questões), sem, porém, eliminá-la.

Para o bom andamento do processo, ele não deve ser interrompido ou embaraçado (ou, ao menos, as interrupções e os embaraços devem ser reduzidos ao mínimo inevitável). Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas, nem se toleram comportamentos incoerentes e contraditórios.[11]

Vedam-se, enfim, atuações extemporâneas, contraditórias (maliciosas) ou repetitivas.

Frise-se: a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à duração razoável do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsionadora do processo. A preclusão tem, igualmente, fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa fé e a lealdade no itinerário processual. A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsionadora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica, *a preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger*.

Todo o percurso processual se orienta pela diretriz da preclusão. É ela (preclusão) que permite que o processo se desenrole progressivamente de forma ordenada, segura, coerente, rumo ao seu destino final.

---

10. NUNES, Dierle. "Preclusão como fator de estruturação do procedimento". *Estudos Continuados de Teoria do Processo.* Rosemiro Pereira Leal (coord). Síntese: Porto Alegre, 2004, v. 4, p. 190 e 191.
11. "Reconhecendo-se o caráter sequencial dos atos procedimentais, pretende-se que o processo não esteja sujeito a retrocessos e que após o seu início venha a cumprir todas as suas fases, desaguando em seu ato final, a sentença. Deve tornar-se ordenado e solícito o caminhar do processo, assegurando-se desenvolvimento sem contradições e repetições, garantindo-se, também, a certeza quanto às situações processuais nele surgidas". (LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil.* Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004, p. 120).

3. CLASSIFICAÇÃO

3.1. Generalidades

Com base na conhecida classificação proposta por Chiovenda, há três espécies de preclusão: *temporal, consumativa* e *lógica.*[12]

A classificação, conforme apontado por Chiovenda, é feita com base no *fato gerador* (fato jurídico) da preclusão (perda de prazo, ato incompatível e exercício do poder). A preclusão, nessa classificação, é efeito jurídico que decorreria sempre da prática de atos *lícitos* ou em razão de um *ato-fato lícito*. Exatamente por causa disso, a doutrina costuma relacionar a preclusão ao ônus processual e repelir a identificação do instituto com a *sanção* (consequência da prática de ato ilícito).

Sucede que é possível cogitar a *preclusão* decorrente da prática de um *ato ilícito.*

Cabe ao legislador determinar a eficácia jurídica que pretende ver produzida a partir de um fato jurídico. Nada impede que o legislador atribua uma mesma eficácia a um *ato lícito* e a um *ato ilícito*: veja, por exemplo, o dever de indenizar, que tanto pode decorrer de um ato ilícito (art. 186 do Código Civil)[13] como de um ato *lícito* (art. 188, II, c/c o art. 929 do Código Civil).[14] Nem por isso esses atos têm a mesma natureza: embora tenham a mesma eficácia, são fatos jurídicos distintos, sendo a conformidade ao direito o critério distintivo.

Não se pode dizer que a *preclusão* seja uma eficácia exclusiva de atos *lícitos*, embora normalmente, à luz do direito positivo, isso aconteça. Há preclusão decorrente da prática de ato ilícito (*preclusão-sanção* ou *preclusão punitiva*). Essa categoria precisa ser construída, para que se mantenha a coerência da classificação, elaborada a partir do fato gerador da preclusão.

Assim, a preclusão é efeito jurídico que pode decorrer dos seguintes fatos jurídicos (em sentido amplo):

12. "(..) yo entiendo por preclusión la *pérdida*, o *extinción*, o *consumación* de una facultad procesal que se sufre por el hecho: a) de no haber observado el orden señalado por la ley a su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actividades y de las excepciones; b) o de haber realizado una actividade incompatible con el ejercicio de la faculdad, como la proposición de una excepción incompatible con otra, o el cumplimiento de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; c) o de haber ejercitado ya válidamente una vez la faculdad (consumación propiamente dicha)" (CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa Juzgada y preclusión", cit., p. 226).
13. Art. 186 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".
14. Art. 188, II, Código Civil: "Não constituem atos ilícitos: (...) II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente". Art. 929 do CC: "Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram".

a) ato-fato lícito caducificante: a inércia, pouco importa se culposa ou não, por um lapso temporal, que conduz à perda de uma faculdade/poder processual (preclusão *temporal*);

b) ato jurídico em sentido estrito lícito de cunho impeditivo: de um lado, a adoção de um comportamento pela parte ou pelo juiz impede, de imediato, a adoção de outro com ele incompatível (perda dessa faculdade/poder processual por *preclusão lógica*); de outro, a consumação de uma faculdade/poder atribuído pela lei, obsta que esse mesmo poder volte a ser exercido (*preclusão consumativa*). Na verdade, a maior parte dos atos processuais produz, automaticamente, por força de lei, estes efeitos preclusivos em razão da proibição de comportamento contraditório e da consumação do poder processual.

c) ato ilícito caducificante, ato contrário ao direito que conduz à perda de um poder/faculdade processual.

Há, então, *quatro* espécies de *preclusão*, classificadas de acordo com o respectivo fato jurídico: *temporal, consumativa, lógica e punitiva*. Examinemos todas.

3.2. Preclusão temporal

A *preclusão temporal* consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é omissão que implica preclusão (art. 223, CPC).[15]

> Convém reproduzir o caput do art.104 do CPC, que traz regra importante para que se possa evitar a preclusão temporal: "Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente".

Para a doutrina majoritária, é reconhecido como fenômeno decorrente do desrespeito pelas partes dos prazos que lhe são dirigidos. Ocorre, por exemplo, quando a parte não oferece contestação ou recurso no prazo legal.

A doutrina tem certa dificuldade de visualizar preclusão temporal para o juiz, como perda do poder processual por não tê-lo exercido no momento oportuno. Isso porque os prazos para o juiz são considerados impróprios (não-preclusivos).

> "No que se refere ao juiz, os prazos são impróprios, pois, uma vez descumpridos, nenhum efeito processual se verificará, quando muito, disciplinar. Não havendo consequência processual dessa omissão, não há que se falar em preclusão temporal para o juiz, pois mesmo

15. Art. 223 do CPC: "Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa".

após transcorrido o prazo para a realização do ato, será totalmente lícita sua realização".[16]

O tema, porém, merece revisão, que será feita no item sobre preclusão para o juiz, mais à frente.

3.3. Preclusão lógica

A *preclusão lógica* consiste na perda de faculdade/poder processual em razão da prática anterior de ato incompatível com exercício desse poder. Advém, assim, da prática de ato incompatível com o exercício da faculdade/poder processual. Trata-se da "impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior".[17]

É o que ocorre, por exemplo, quando a parte aceita expressa ou tacitamente a decisão, o que é incompatível com o exercício do direito de impugná-la (direito de recorrer), na forma do art. 1013, CPC. Também há preclusão lógica do direito de produzir a prova do fato confessado (ao confessar, a parte perde o direito de produzir prova do fato confessado). A parte que deu causa ao defeito processual não pode pedir a sua invalidação (art. 276 do CPC).[18] Não pode a parte, que ofereceu o bem à penhora, pedir a invalidação dessa mesma penhora.

Também há preclusão lógica em relação ao juiz.[19] Dá-se, por exemplo, quando ele concede tutela antecipada com base em abuso do direito de defesa (art. 311, I, CPC), o que é incompatível com a recusa em condenar o réu por litigância de má-fé com base no mesmo comportamento tido por abusivo. Também não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado do mérito (arts. 355-356, CPC), conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o juiz convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados. A sentença de improcedência por falta de prova, em julgamento antecipado do mérito, além de violar a boa-fé objetiva, que orienta a relação entre os

16. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 41. Nesse sentido, também, GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110-111, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 137.
17. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 209.
18. Art. 276 do CPC: "Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa".
19. Admitindo a preclusão lógica para o juiz, corretamente, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, cit., p. 42-46.

sujeitos processuais, e o princípio da cooperação, poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova[20].

Importante que se perceba que a preclusão *lógica* está intimamente ligada à vedação ao *venire contra factum proprium* (regra que proíbe o comportamento contraditório), inerente à cláusula geral de proteção da boa-fé. Considera-se ilícito o comportamento contraditório por ofender o princípio da boa-fé processual.

Ao adotar um comportamento que contrarie comportamento anterior, a parte ou o juiz atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais. Comportando-se em um sentido, o sujeito cria, em outro sujeito processual, fundada confiança – confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé ou o fim econômico-social –, não podendo, depois, adotar um comportamento totalmente contraditório, o que quebra a confiança gerada e revela ardil, deslealdade, evasão. Trata-se de lição velha, embora aplicada, aqui, com outros termos.

E a ideia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio da boa fé, mais especificamente do vetusto brocardo do *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode comportar-se contrariamente aos seus próprios atos), hoje considerado integrante no conteúdo da cláusula geral da boa fé objetiva.

> Embora sem valer-se da expressão "preclusão lógica", o STJ aplicou esse entendimento. No caso, o juiz havia homologado o pedido de suspensão convencional do processo. Durante a suspensão, porém, proferiu a decisão. A parte recorreu apenas após o fim do prazo de suspensão do processo. O tribunal entendeu que o recurso era, assim, intempestivo: o prazo da apelação teria começado a correr a partir da intimação da sentença. O STJ entendeu que esse comportamento viola a boa-fé objetiva processual, porque "ao homologar a convenção pela suspensão do processo, o Poder Judiciário criou nos jurisdicionados a legítima expectativa de que o processo só voltaria a tramitar após o termo final do prazo convencionado. Portanto, não se mostraria razoável que, logo em seguida, fosse praticado ato processual de ofício – publicação de decisão – e ele fosse considerado termo inicial do prazo recursal, pois caracterizar-se-ia a prática de atos contraditórios, havendo violação da máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, reconhecidamente aplicável no âmbito processual" (REsp n. 1.306.463-RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 4.9.2012).

Cabe um último esclarecimento.

---

20. Neste sentido, no STJ, 3ª T., REsp 649.191/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. Em 19.08.2004, publicado no DJ de 13.09.2004, p. 241; 1ª T., REsp n. 443.171/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.02.2004, publicado no DJ de 25.02.2004, p. 101; STJ, 3ª T., REsp n. 1.228.751/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 06.11.2012, publicado no DJe de 04.02.2013.

A preclusão não é efeito do comportamento contraditório (ilícito); a preclusão incide sobre o comportamento contraditório, impedindo que ele produza qualquer efeito. A prática de um ato processual implica a impossibilidade de praticar outro ato com ele logicamente incompatível. A preclusão lógica, então, é consequência da prática do primeiro ato, que é *lícito*, e não do ato contraditório, que é *ilícito*.

3.4. Preclusão consumativa

A *preclusão consumativa* consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de essa faculdade ou esse poder já ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. A consumação do exercício do poder o extingue. Perde-se o poder pelo exercício dele.

Essa preclusão decorre da ideia de que não se deve repetir ato processual já praticado, encontrando fundamento normativo, para as partes, no art. 200 do CPC, que se refere à produção de efeitos imediatos com a prática atos processuais pela parte, exaurindo-se o exercício do respectivo poder.[21]

É o que ocorre, por exemplo, quando a parte oferece sua contestação ou interpõe seu recurso de apelação no quinto dia do prazo (que é de quinze dias), mas esquece de deduzir um argumento importante; como já exerceu e consumou seu direito de recorrer, não pode, nos dez dias restantes do prazo, corrigir, melhorar ou repetir a contestação/recurso.

É o que se dá, ainda, quando a decisão judicial é publicada. Exaure-se o ofício jurisdicional, não podendo o magistrado emendar, incrementar ou refazer a decisão, salvo nos casos excepcionais previstos em lei (art. 494, CPC).

3.5. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva

Conforme advertido linhas atrás, é possível que a preclusão decorra da prática de um ato *ilícito*. Neste caso, a preclusão terá natureza jurídica de *sanção*.[22]

Há *ilícitos* que geram a perda de um poder ou direito (na verdade, perda de qualquer "categoria eficacial"[23] ou situação jurídica ativa). São chamados de *ilícitos caducificantes*.[24] "Os atos ilícitos que não têm a eficácia de dever indenizativo e importam em perda de direitos, pretensões, ações ou exceções são ditos caduci-

21. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, 2005, cit., p. 112.
22. Adotando a ideia de preclusão como sanção, no sentido aqui exposto, conferir: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. "Notas sobre Preclusão e *Venire contra Factum Proprium*". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 168, p. 337-338.
23. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 102.
24. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, cit., p. 102.

ficantes, espécie de fato precludente. Quer dizer: a sua eficácia consiste em que direitos, pretensões, ações, ou exceções caiam"[25].

Há alguns exemplos no direito processual brasileiro, em que se vislumbra a perda de um poder processual (preclusão), como sanção decorrente da prática de um ato *ilícito*: *a)* perda da situação jurídica de inventariante, em razão da ocorrência dos ilícitos apontados no art. 622 do CPC; *b)* a confissão ficta, decorrente do não-comparecimento ao depoimento pessoal (art. 385, § 1º, CPC), que é considerado um dever da parte (art. 379, I, CPC), implica *preclusão* do direito de provar fato confessado, mas, desta feita, como decorrência de um ilícito (descumprimento de um dever processual); *c)* o excesso de prazo não-justificado autoriza a *perda* da competência do magistrado para processar e julgar a causa (art. 235, §2º, do CPC); *d)* constatada a prática de atentado (ilícito processual), perde-se o direito de falar nos autos, até a purgação dos efeitos do ilícito (art. 77, §7º, do CPC)[26]; *e)* a não devolução dos autos pelo advogado implica a perda do direito de vista fora do cartório (art. 234, §2º, CPC).

Em todas essas hipóteses, há a perda de um poder jurídico processual decorrente da prática de um ato *ilícito*; há, pois, *preclusão* decorrente de um *ilícito* e não do descumprimento de um ônus. É preciso, enfim, completar a classificação de Chiovenda, que leva em consideração apenas a *preclusão* decorrente da prática de atos *lícitos*.

4. NATUREZA JURÍDICA

4.1. A preclusão como fato e como efeito jurídico

A partir deste panorama das diferentes espécies de preclusão, é fácil concluir que, de regra, a preclusão é um efeito jurídico.[27] "A preclusão ou caducidade é só efeito",[28] dizia Pontes de Miranda.

---

25. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 2, p. 216.
26. Art. 77, §7º, CPC: "§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.". Em texto sobre a responsabilidade processual das partes, Barbosa Moreira já identificava a "perda de direitos ou faculdades processuais" como uma das consequências possíveis de um ilícito processual, citando como exemplo exatamente o atentado. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 18.). Ainda com referências à preclusão como consequência de um ilícito processual (no caso, o abuso de direito), TARUFFO, Michele. "General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 22-26; ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007, p. 229-244. Roberto Gouveia Filho, em conversa privada, defende que, no caso do atentado, não há perda, mas apenas suspensão do direito de falar nos autos. A ideia é interessante. De todo modo, há uma "perda temporária" de um poder processual.
27. "He observado que todo proceso, cual más cual menos, y así también nuostro proceso, para asegurar precisión y rapidez al desarrollo de los actos judiciales, pone limites al ejercicio de determinadas facultades procesales, com la consecuencia de que, más allá de estos limites, estas facultades non su pueden ya ejercitar. He dado a *esta consequência* el nombre de 'preclusión'". (CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa Juzgada y preclusión", cit., p. 224.)
28. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 2, cit., p. 216.

Mas nem sempre é efeito a preclusão. Ela pode compor o suporte fático de algum fato jurídico.

Veja o caso da coisa julgada (efeito jurídico). A preclusão é elemento do suporte fático do fato jurídico composto consistente na prolação de decisão, fundada em cognição exauriente, acobertada pela preclusão, cujo efeito é exatamente a formação de coisa julgada.

A preclusão também pode compor o suporte fático de fato jurídico invalidante de ato processual: é o que ocorre com a interposição intempestiva de um recurso (fato jurídico = interposição de recurso + preclusão temporal), cuja consequência é a inadmissibilidade (invalidade) do procedimento recursal[29].

4.2. A preclusão como sanção

Questiona-se se a preclusão seria uma sanção.

A maior parte da doutrina, baseada na lição de Chiovenda, entende que não.[30] Relaciona-se a preclusão apenas ao ônus processual, que, como se sabe, é situação jurídica consistente em um encargo do próprio direito. A parte detentora de ônus praticará o ato processual em seu próprio benefício, no prazo legal, e de forma correta: se não o fizer, possivelmente esse comportamento acarretará consequências danosas para ela. Nada teria a ver, porém, com a sanção. Enquanto a sanção é a consequência jurídica do descumprimento de uma norma jurídica, de um ilícito, a preclusão decorreria do não-atendimento de um ônus, com a prática de *ato-fato caducificante* ou *ato jurídico impeditivo*, ambos *lícitos*. A sanção decorre da prática de atos ilícitos, já a preclusão decorreria apenas da prática de determinados atos lícitos.[31-32]

---

29. Admitem, com outros argumentos, que a preclusão pode ser fato ou efeito jurídico, GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, cit., p. 73; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão", cit., p. 145. Considerando a preclusão fato jurídico apenas, GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p. 329.
30. Nesse sentido, GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, cit. p. 62-63. FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 49. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*, cit., p. 126-127.
31. ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 537-538. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, cit., p. 47. Ricardo de Barros Leonel pontua que "ao contrário do que se verifica historicamente, a preclusão não figura como pena ou sanção para o agente que nela incorre. Ao contrário, objetiva apenas estabelecer parâmetros de organização para o desenlance do procedimento judicial". *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil*. Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004, p. 119. Cintra, Grinover e Dinamarco também sustentam que a preclusão não é sanção por ilícito, não advém de ilícito, mas de incompatibilidade de poder/direito/faculdade com desenvolvimento do processo. (GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 329.)
32. Em sentido inverso, João Batista Lopes, entendendo que a preclusão é uma penalidade *sui generis* ("Breves considerações sobre o instituto da preclusão". *Revista de Processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1981, n. 23, p. 46-47).

Não é esse, como se viu, o pensamento deste *Curso*.

A despeito da classificação chiovendiana só identificar a preclusão decorrente de atos lícitos – que não poderia em razão disso ser confundida com sanção – é possível, sim, conceber a existência de preclusão-sanção, como decorrência de ato ilícito.

5. PRECLUSÃO, PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Cabe, ainda, diferenciar *preclusão temporal*, *prescrição* e *decadência*. Isso porque confusões podem ser feitas entre tais institutos pelo fato de todos eles relacionarem-se à ideia de *tempo* e de *inércia*.

Caducidade é designação genérica para a perda de uma situação jurídica. A preclusão e a decadência são exemplos de *caducidade*.

> Pontes de Miranda considera *caducidade* e *decadência* como termos sinônimos. Assim, também considera sinônimas as expressões *caducidade* e *preclusão*.[33]
>
> Para fins didáticos, porém, preferimos considerar *caducidade* como um gênero, de que são espécies a preclusão e a decadência. O nosso ordenamento jurídico refere-se à decadência quando cuida da extinção de direitos potestativos de caráter não-processual em razão da inércia. *Preclusão* é designação que, pela tradição, se relaciona apenas à perda de poderes jurídicos processuais.

A decadência é a perda do direito potestativo, em razão do seu não-exercício dentro do prazo legal ou convencional. Aproxima-se da preclusão temporal por também referir-se à perda de um direito decorrente da inércia de seu titular – ou seja, em razão de ato-fato caducificante. Distancia-se, contudo, por se referir, em regra, à perda de direito *pré-processuais*, enquanto a preclusão temporal refere-se sempre à perda de faculdades/poderes processuais. Além disso, a preclusão pode decorrer, como visto, de outros fatos jurídicos, além da inércia, inclusive de ato ilícito (a decadência sempre decorre de um ato-fato lícito).

> É preferível designar de *direitos pré-processuais* aqueles que podem decair, para que se possa incluir nesta rubrica, por exemplo, tanto os direitos potestativos essencialmente materiais (como o direito de invalidar um ato jurídico), como outros direitos potestativos mais relacionados ao direito processual, mas exercitáveis fora dele, como o direito à escolha do procedimento, às vezes submetido a prazo, como no caso do mandado de segurança (art. 23 da Lei n. 12.016/2009).

33. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 2, cit., p. 215-216.

Já a prescrição é o encobrimento (ou extinção, na letra do art. 189 do Código Civil) da eficácia de determinada pretensão (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação), por não ter sido exercitada no prazo legal. Apesar de decorrer de uma inércia do titular do direito – também ato-fato lícito caducificante[34] –, não conduz à perda de direitos, faculdades ou poderes (materiais ou processuais), como a preclusão e a decadência, mas, sim, ao encobrimento de sua eficácia, à neutralização da pretensão – obstando que o credor obtenha a satisfação da prestação devida.

Enquanto a prescrição se relaciona aos direitos a uma prestação, a preclusão temporal refere-se, tão-somente, a faculdades/poderes de natureza processual.

Demais disso, prescrição e decadência são institutos de direito material, enquanto preclusão é instituto de direito processual. A prescrição e a decadência ocorrem extraprocessualmente – malgrado sejam ambas reconhecidas, no mais das vezes, dentro de um processo –, e suas finalidades projetam-se também fora do processo: visam à paz e à harmonia sociais, bem como a segurança das relações jurídicas. Já a preclusão temporal ocorre, sempre e necessariamente, durante o desenrolar do processo, e sua finalidade precípua restringe-se, igualmente, ao âmbito processual; visa, sobretudo, ao impulso do desenvolvimento, de forma segura e ordenada, para que se chegue ao ato final (prestação da jurisdição).[35]

6. PRECLUSÃO PARA O JUIZ

A doutrina e a jurisprudência têm por sinônimas as designações *preclusão judicial* ou *preclusão pro iudicato*, que nada mais seriam do que a perda de um poder do juiz. Rigorosamente, porém, a melhor designação é preclusão para o juiz ou preclusão judicial. Preclusão *pro iudicato* significa julgamento implícito. Como afirma José Maria Tesheiner: "Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *judicato* significa *julgado;* juiz é *iudex (nominativo)* ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro judicato* significa "*preclusão como se tivesse sido julgado*". Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há "*preclusão pro judicato*", porque esta supõe *ausência* de decisão. (...) Admitindo-se que haja preclusão para o juiz, diga-se, em bom português: "preclusão para o juiz"; não, preclusão "*pro judicato*", em mau latim"[36].

34. Conforme lição de Marcos Bernardes de Mello, os *atos-fatos caducificantes* têm por efeito a extinção de um direito (como ocorre na preclusão ou decadência) ou, tão-somente, o encobrimento da pretensão, da ação ou exceção (tal como na prescrição) (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 134).

35. ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*, v. 1, cit., p. 538; GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, 2005, cit. p. 88; FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*, cit., p. 85. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*, cit., p. 121.

36. TESHEINER, José Maria. "Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz". Disponível em http://www.tex.pro.br/, consultado em 24.09.2007, às 17h30.

Já vimos, ao classificarmos as preclusões, que subsistem, indiscutivelmente, em nosso sistema, preclusões judiciais lógicas e consumativas. Não se cogita, doutrinariamente, preclusão judicial temporal, já que os prazos para o juiz são impróprios. Essa lição doutrinária precisa ser revista. Não somente pelo fato de que os prazos para o juiz não podem ser anódinos, mas também pela existência de enunciados normativos expressos, como a hipótese de julgamento implícito prevista no Regimento Interno do STF, para o caso de o ministro do STF silenciar, após o prazo de vinte dias, sobre a existência de repercussão geral do recurso extraordinário (art. 324, § 2º, RISTF[37]; aqui, haveria uma verdadeira preclusão *pro iudicato*).

Registre-se, ademais, que há forte polêmica no contexto das preclusões judiciais consumativas: trata-se da discussão sobre a existência de preclusão para o reexame de questões de ordem pública (principalmente aquelas relativas ao juízo de admissibilidade do processo) já decididas. O problema será examinado apropriadamente mais à frente, em outro capítulo, no item relativo à eficácia preclusiva da decisão de saneamento.

7. EFEITOS DA PRECLUSÃO

A observância ou inobservância da preclusão pode gerar consequências dentro e fora do processo em que ocorrida.

De um lado, a observância das preclusões que ocorrem ao longo do processo funciona como força motriz, impulsionando o processo rumo ao seu destino final (provimento jurisdicional). Chegado o seu fim, tem-se a preclusão máxima – a irrecorribilidade da decisão final, chamada por alguns de coisa julgada formal –, que é pressuposto da coisa julgada material.

De outro, a inobservância da preclusão pode conduzir a invalidades processuais.

Caso a parte/juiz, ao arrepio da preclusão, insista em exercer o poder processual perdido, praticando ato processual que não mais poderia praticar, esse ato (extemporâneo, contraditório ou repetido) será defeituoso. E ato processual defeituoso, quando gera prejuízos para as partes ou para o interesse público, deve ser invalidado.

Vejamos alguns exemplos.

37. "Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. § 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral".

A correção ou acréscimo de uma decisão judicial, depois de sua publicação, em regra, vai de encontro com a preclusão consumativa (art. 494, CPC). Assim, este adendo decisório, porque viciado, em caso de recurso, deverá ser invalidado pelo tribunal.

A interposição de um recurso pela parte, depois que manifestou expressa ou tacitamente sua aceitação, é conduta contraditória, vedada pela preclusão lógica. Assim, o recurso, diante do desrespeito a requisito de admissibilidade (validade) negativo[38], é defeituoso, devendo, pois, ser reputado inválido (inadmissível).

Ainda na esfera recursal, a tempestividade do recurso é requisito extrínseco de admissibilidade (validade)[39]. O recurso interposto fora do prazo legal, em desrespeito à preclusão temporal, é viciado, devendo, pois, ser inadmitido (invalidado).

Constata-se, assim, que a preclusão tem um cunho eminentemente preventivo/inibitório. Visa inibir a prática de ilícito processual invalidante: a) ao obstar que alguém adote conduta contraditória com aquela'outra anteriormente adotada – o que denotaria sua deslealdade; b) ao impedir que reproduza ato já praticado; c) ao evitar a prática de atos intempestivos, inadmissíveis por lei. Mas, praticado o ilícito invalidante prejudicial às partes ou ao interesse público, inevitável é aplicar-lhe sanção de invalidade.

38. A esse respeito, conferir o v. 3 deste *Curso*, que cuida dos requisitos de admissibilidade dos recursos.
39. A esse respeito, conferir o v. 3 deste *Curso*, que cuida dos requisitos de admissibilidade dos recursos.

CAPÍTULO 11

Teoria da Cognição Judicial

Sumário • 1. Conceito de cognição – 2. Conceito de questão – 3. Resolução das questões: resolução *incidenter tantum* e resolução principaliter – 4. Objeto do processo e objeto litigioso do processo – 5. Objeto da cognição judicial (tipologia das questões): 5.1. Consideração introdutória; 5.2. Questões de fato e questões

1. CONCEITO DE COGNIÇÃO

Segundo Kazuo Watanabe, a cognição é "prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *iudicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo".[1]

A cognição é um dos mais importantes núcleos metodológicos para o estudo do processo contemporâneo. Basta ver que a própria noção que se tem de cada tipo de processo (conhecimento ou execução) estrutura-se a partir do grau de cognição judicial que se estabelece em cada um deles.

A análise da cognição judicial é, portanto, o exame da técnica pela qual o magistrado tem acesso e resolve as questões que lhe são postas para apreciação. É importante perceber que o objeto da cognição é formado por essas questões.[2]

Frise-se, ainda, que a cognição não é atividade solitária do órgão jurisdicional. Ela se realiza em um procedimento estruturado em contraditório e organizado segundo um modelo cooperativo, o que torna a participação das partes na atividade cognitiva imprescindível, e, por isso, muito importante[3].

2. CONCEITO DE QUESTÃO

Questão é palavra que assume, na dogmática jurídica processual, ao menos dois significados.

1. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 41.
2. Sobre o objeto da cognição, com análise um pouco diversa, mas muito proveitosa, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 267-277.
3. A propósito, precisamente, MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & Cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 118.

Em um primeiro significado, que pode ser qualificado de restrito, questão é qualquer ponto de fato ou de direito controvertido, de que dependa o pronunciamento judicial. "Nessa acepção, dir-se-á com propriedade que a solução das 'questões' é o meio de que se vale o juiz para julgar: a 'questão' não constitui, em si, objeto de julgamento, mas, uma vez resolvida, insere-se entre os fundamentos da decisão, entre as razões de decidir".[4] Essa é a acepção utilizada pela quase totalidade da doutrina, a dispensar, inclusive, maiores referências.[5] Cumpre apontar, também, que é esse o significado utilizado no inciso II do art. 489 do CPC.

Mas o vocábulo "questão" também pode ser entendido como "o próprio *thema decidendum,* ou, ao menos cada uma das partes em que ele se fraciona".[6] Aqui, a palavra "questão" assemelha-se a "mérito", que nada mais é do que a "questão principal" do processo, o seu objeto litigioso. "Havendo mais de um pedido, ou – o que afinal é o mesmo – compondo-se o pedido de mais de um item, estarão subpostas à cognição judicial tantas "questões" quantos forem os pedidos, ou os itens do pedido".[7] Essa é a acepção utilizada no inciso III do art. 489 do CPC.

Um estudo sobre a cognição judicial não pode prescindir desta constatação.

3. RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES: RESOLUÇÃO *INCIDENTER TANTUM* E RESOLUÇÃO *PRINCIPALITER*

Como visto, é importante frisar uma distinção: há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (*cognitio*); em relação às últimas, haverá também julgamento. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*) ou objeto da declaração[8].

As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta a, *de regra,* ficar imune pela coisa julgada. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada. Os incisos do art. 504 do CPC

4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo". *Temas de direito processual civil. 2ª série.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 243.
5. "Os litigantes formulam no processo afirmações, que constituem 'pontos' a examinar. Se uma dessas afirmações (ponto) é contrariada pelo antagonista de quem a formulou, surge a questão, que é, portanto, o 'ponto controverso'." (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada.* Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 254).
6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", cit., p. 243.
7. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", p. 243.
8. Como prefere Roberto Campos Gouveia Filho, em lição verbalizada em diversas palestras.

elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos da sentença nem a verdade dos fatos.

Note, porém, que isso é apenas *a regra*. Há um caso em que a resolução de uma questão incidental pode, preenchidos certos pressupostos, tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. É o que pode acontecer com a questão prejudicial incidental: preenchidos os pressupostos dos §§1º e 2º do art. 503 do CPC, a resolução da questão prejudicial incidental fica imunizada pela coisa julgada material. Há, porém, uma diferença: o regime jurídico da coisa julgada relativa à questão prejudicial incidental é peculiar e especial; a peculiaridade reside no modo como ela pode ser afastada, bem diferente do modo como se a afasta a coisa julgada relativa à solução de uma questão principal. O tema será examinado com mais vagar no capítulo dedicado à coisa julgada, no v. 2 deste *Curso*.

Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter:* compõem o objeto do julgamento. Em relação a resolução delas é que se fala, normalmente, em coisa julgada. É o que se retira do art. 503, *caput*, do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da *questão principal expressamente decidida*. A resolução da questão principal submete-se ao regime *comum* da coisa julgada – a resolução de questão prejudicial *incidental*, como visto, submete-se ao regime *especial* de coisa julgada.

Dois exemplos podem ser úteis na compreensão da importância da distinção entre questão.

a) Uma questão prejudicial pode ser *incidental* ou *principal*. Sendo *incidental*, a sua resolução pode, preenchidos certos pressupostos, tornar-se indiscutível pela coisa julgada material, de acordo com o regime jurídico especial definido pelos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC. Sendo *principal*, a sua resolução pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada material, de acordo com o regime *comum*. Basicamente, há uma grande diferença entre esses regimes: a coisa julgada material de regime especial não se forma nos casos previstos nos §§1º e 2º do art. 503.

b) A inconstitucionalidade da lei, cuja aplicação *in concreto* se discute judicialmente, é questão prejudicial que pode ser examinada por qualquer órgão julgador do Poder Judiciário. Como questão prejudicial, o magistrado resolvê-la-á *incidenter tantum*. O controle difuso da constitucionalidade das leis caracteriza-se exatamente por essa peculiaridade: qualquer magistrado, em qualquer processo, pode identificar a inconstitucionalidade e examiná-la como fundamento de sua decisão. No entanto, a constitucionalidade da lei pode compor o objeto litigioso de um processo; pode ser a questão principal, o *thema decidendum*. É o que ocorre nos processos de controle concentrado da constitucionalidade das leis (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental). Quando figurar como questão principal,

a constitucionalidade da lei federal somente pode ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem competência exclusiva para "decidir" sobre a questão. Note-se: enquanto todos os juízes podem "conhecer" dessa questão *(incidenter tantum;* simples fundamento), somente o STF pode "decidir" sobre ela *(principaliter; thema decidendum;* objeto de julgamento). É por isso que a solução de questão prejudicial incidental não se submete à coisa julgada, se o juízo não tiver competência em razão da matéria para tanto (art. 503, §1º, III, CPC).

4. OBJETO DO PROCESSO E OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO

A distinção entre a questão *principal* e questão *incidental* é muito importante para que se possam confrontar os conceitos de objeto do processo e objeto litigioso do processo.

O objeto do processo é conjunto do qual o objeto litigioso do processo é elemento: esse é uma parcela daquele. Enquanto o objeto do processo abrange a totalidade das questões que estão sob apreciação do órgão julgador, o *objeto litigioso do processo* cinge-se a um único tipo de questão, a questão principal, o mérito da causa, a pretensão processual. Enquanto o primeiro faz parte apenas do objeto da cognição do magistrado, o segundo é o objeto da decisão.[9]

A demanda costuma ser considerada como o ato que introduz o objeto litigioso e, portanto, define o objeto do ato final do procedimento. A demanda pode ser inicial (manejada com a petição inicial) ou ulterior (como é o caso das demandas recursais, incidentais, reconvencionais, deduzidas através de pedido contraposto, incidente de falsidade, denunciação da lide etc.).

Discute-se muito sobre em que consiste o objeto litigioso: se ele é apenas o pedido ou se nele se inclui também a causa de pedir. O tema é tormentoso.[10] Alguns doutrinadores não chegaram a qualquer conclusão, outros anunciam posição sem maior aprofundamento, mas, segundo a *maior parte da doutrina*[11], o objeto litigioso do processo é o pedido.

9. "Por aí se vê que o objeto do processo não é apenas o pedido do autor, ou sua pretensão processual, mas tudo aquilo que nele (processo) deva ser decidido pelo juiz. Não só o objeto do '*judicium*' mas também da simples '*cognitio*'. Enfim, todas as questões de fato, ou de direito, relacionados ou não, com o mérito, com o início, o desenvolvimento e o fim do processo". (SANCHES, Sydney. "Objeto do processo e objeto litigioso do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1979, n. 13, p. 44 e 45.)

10. Sobre o tema, SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1968, especialmente as páginas 241-262. Ver, ainda, Araken de Assis, que elabora belo panorama das doutrinas alemã e brasileira sobre o tema: *Cumulação de ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 103-121.

11. ALVIM, José Manoel de Arruda. "Dogmática jurídica e o Novo Código de Processo Civil". *Revista de Processo* São Paulo: RT, 1976, n. 01, p. 111; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo Processo Civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10.

Há quem defenda que o objeto litigioso do processo é o pedido identificado com a causa de pedir.[12] Há uma tendência doutrinária de seguir esse entendimento [13], até mesmo em razão do regramento da coisa julgada no direito brasileiro, que exige a identidade de pedido e de causa de pedir para a sua configuração (arts. 337, §§ 1º, 2º e 4º, e 508, CPC).

Note que, de acordo com esta concepção, também comporá o objeto litigioso do processo a demanda proposta pelo réu, por reconvenção ou pedido contraposto (sobre o tema, ver capítulo sobre a resposta do réu).

Sucede que esta concepção é insuficiente.

É que a participação do réu na formação do objeto litigioso não se restringe ao caso em que ele apresenta uma demanda contra o autor. Quando, em sua *defesa*, exerce um contradireito (direito que se exercita contra o exercício do direito do autor), como nos casos da compensação, exceção de contrato não cumprido e direito de retenção, o réu acrescenta ao processo a afirmação de um direito que comporá o objeto litigioso da decisão[14]. O juiz decidirá sobre a existência desse contradireito; e a existência desse contradireito é, também, uma questão principal.

> O contradireito é uma situação jurídica ativa [15] – situação de vantagem – exercida como reação ao exercício de um direito. É um direito contra outro direito, assim como o antídoto é um veneno contra um veneno. É um direito que não é exercido por *ação*. A afirmação desse direito

12. "O objeto litigioso do processo, portanto, identifica-se com a circunstância jurídica concreta deduzida em juízo *in status assertionis*, que aflora individualizada pela situação de fato contrária ao modelo traçado pelo direito material". (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A* causa petendi *no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 131). Araken de Assis afirma que a definição de mérito, no direito brasileiro, não prescinde da causa de pedir. (*Cumulação de ações*, cit., p. 116, nota 58.)
13. Por exemplo, LEONEL, Ricardo de Barros. "Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (coord.), São Paulo: RT, 2002, p. 367.
14. Ludovico Mortara chamava os contradireitos de "exceções reconvencionais", que, na sua visão, distinguiam-se das "exceções simples" porque, enquanto estas eram consideradas como simples negativas do direito afirmado pelo autor, aquelas constituíam pretensão do réu que tinha por objetivo neutralizar a eficácia do direito afirmado pelo autor (MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*: della competenza; principii generali della procedura. 2 ed. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, [s.d.], v. II, p. 105). Amaral Santos explica a sua tese: "Em suma, segundo Mortara, as exceções reconvencionais seriam aquelas defesas do réu que, consistentes num direito seu, *alargariam* o tema decidendo originário, forçando o juiz a apreciá-lo e decidi-lo conjuntamente com a pretensão do autor. Mas as contra-pretensões do réu, compreendidas nas exceções, não tenderiam senão a paralizar [*sic*], no todo ou em parte, a ação do autor. E nisso se distinguiriam da ação reconvencional, que tem também por objeto um direito do réu, do qual se serve, não para paralizar [*sic*] o direito do autor, mas, aproveitando da oportunidade que a ação lhe enseja, pedir alguma coisa em seu favor" (SANTOS, Moacyr Amaral. *Da reconvenção no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 128).
15. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 185-86; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, t. 1, p. 350-353; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 43.

é feita na *defesa*, e não na *ação*[16]. Quando reconvém ou formula pedido contraposto, o réu afirma ter direito (e não um contradireito) contra o autor.

Os contradireitos servem para *neutralizar* a situação jurídica afirmada pelo autor, como no caso da prescrição ou da exceção de contrato não cumprido, ou *extingui-la*, como no caso da compensação e do direito previsto no §4º do art. 1.228 do Código Civil[17]. Há quem designe os primeiros de *exceções substanciais*[18], enquanto os outros seriam direitos potestativos exercitados na defesa[19]. Talvez fosse preferível designar tudo como *exceção substancial*, que se dividiria em duas espécies, conforme a respectiva eficácia.

Ao exercitar um contradireito, o réu, em vez de negar o direito afirmado pelo demandante, o supõe; exatamente por isso, o contradireito o tem em mira, para neutralizá-lo ou extingui-lo.

O réu, ao exercer um contradireito, afirma a *causa* deste contradireito e *pede* a consequência jurídica dele decorrente. A defesa, neste caso, não consiste em mera alegação de fato impeditivo ou extintivo do direito afirmado pelo autor, tampouco é uma defesa direta (nega os fatos afirmados pelo demandante ou questiona as consequências jurídicas pretendidas): trata-se de uma defesa pela qual o réu exerce um *direito*, uma *situação jurídica ativa*, cuja peculiaridade é exatamente ser exercida contra a afirmação de um direito feita por outra pessoa.

O objeto litigioso, neste caso, passa a ser o conjunto das afirmações de existência de um direito feitas pelo autor e pelo réu. Resumidamente, no caso em que o réu exerce um contradireito, o mérito do processo é a soma de dois binômios, que pode expressar-se da seguinte maneira: afirmação do direito pelo demandante (pedido + causa de pedir) + afirmação do contradireito pelo demandando (pedido + causa da exceção).

16. Também nesse sentido, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 36 e 38.

17. § 4º do art. 1228 do Código Civil: "O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante".

18. Nesse sentido, Rafael Alexandria de Oliveira, que entende por exceção substancial apenas o contradireito *neutralizante*; não, porém, o *extintivo* (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 43.). O autor segue a linha de Pontes de Miranda: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, p. 6.

19. Pontes de Miranda, por exemplo, afirma que as exceções são "inconfundíveis com os direitos formativos extintivos, como o direito à compensação, e com as pretensões à decretação de nulidade ou de anulação. Não destroem, não extinguem; encobrem eficácia" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, p. 4).

> Durante o processo, o objeto litigioso pode ser ampliado, com a propositura de demandas incidentais, tais como a denunciação da lide e o incidente de falsidade documental.

A observação tem importante reflexo prático.

A decisão do juiz sobre a afirmação do contradireito, por se tratar de decisão sobre o mérito da causa, torna-se indiscutível pela coisa julgada material[20-21]. A não inclusão do contradireito exercido pelo réu no conceito de objeto litigioso gera uma situação esdrúxula: haverá uma espécie de direitos, que somente são exercidos como reação ao exercício do direito por outra pessoa, cuja apreciação jurisdicional não poderia tornar-se indiscutível pela coisa julgada material – circunstância que, claramente, não condiz com os princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Enfim, todo procedimento possui um objeto litigioso, que é o tema a ser resolvido pelo ato final, do qual todos os demais atos que o compõem são preparatórios. O objeto litigioso de cada procedimento é definido pelo seu ato inaugural, normalmente uma demanda formulada por uma das partes – com a possibilidade de ampliação em razão da postulação do réu (com a afirmação de direitos, na reconvenção ou pedido contraposto, ou contradireitos, na defesa).

> O exame da admissibilidade do procedimento nada mais é do que o exame da possibilidade de o objeto litigioso ser apreciado. Isso serve a qualquer procedimento, e não apenas ao procedimento principal: há objeto litigioso no recurso, na exceção de incompetência relativa,

---

20. Revimos, assim, o posicionamento defendido até a 13ª edição deste volume, em que seguíamos a concepção de que o objeto litigioso do processo seria composto apenas pelo pedido e pela causa de pedir contidos na petição inicial.

21. Também com uma visão mais ampla da participação do réu na formação do objeto litigioso, embora partindo de premissas muito diferentes daquelas sustentadas por este *Curso*, MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. "O mérito do processo civil contencioso como uma unidade de tensões opostas". *Tese de doutoramento*. São Paulo: PUC/SP, 2012, p. 92-120. No sentido do texto, MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, v. II, op. cit., p. 104 e seguintes; DENTI, Vitorio. L'eccezione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão: Giuffrè, ano XV, p. 36 e seguintes, 1961; MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. *Reconvenção e excepção no processo civil*, o dilema da escolha entre a reconvenção e a excepção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir. Coimbra: Almedina, 2009, p. 254. De forma semelhante, defendendo que o objeto litigioso é composto pela ação de direito material em conjunto com a defesa e/ou exceção invocadas pelo réu que a ela se contrapõe: MELLO, Marcos Bernardes de. "Da ação como objeto litigioso no processo civil". *Teoria Quinária da ação*: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Salvador: Jus Podivm, 2010; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. "Notas sobre a decisão que acolhe exceção substancial dilatória". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, v. 223, p. 101-110. Recomendável, ainda, a consulta à obra de Heitor Sica, que defende uma visão ainda mais ampla da participação do réu na formação do objeto da coisa julgada – para o autor, a contestação do réu, em qualquer caso, é uma ação declaratória por ele proposta, que deve ser examinada pelo juiz como questão principal (SICA, Heitor. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 245). Em sentido *diverso*, entendendo que a afirmação da exceção substancial não compõe o objeto litigioso, ORIANI, Renato. Eccezione. *Digesto delle Discipline Privatistiche*: sezione civile. Turim: UTET, 1991, v. VII, p. 281). Também assim: COLESANTI, Vittorio. Eccezione (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del diritto*. Padova: CEDAM, 1965, v. XIV, item 14.

na exceção de suspeição, na reconvenção etc. Sobre o juízo de admissibilidade, ver item adiante.

5. OBJETO DA COGNIÇÃO JUDICIAL (TIPOLOGIA DAS QUESTÕES)

5.1. Consideração introdutória

Assentado que são as questões que compõem o objeto da cognição judicial, cumpre classificá-las. É importante frisar, de logo, que a classificação que segue contém tipos que não concorrem entre si, não se excluem. Um "pressuposto processual" é, por exemplo, a um só tempo, uma questão de admissibilidade da causa e uma questão preliminar.

5.2. Questões de fato e questões de direito

Fato e norma são elementos essenciais ao fenômeno jurídico: a eficácia jurídica surge após a incidência da hipótese normativa no suporte fáctico concreto (fato ou conjunto de fatos); *ex facto oritur jus*. O fato jurídico é exatamente o fato ou conjunto de fatos aptos a produzir efeitos jurídicos, em razão da incidência; o efeito jurídico é a consequência normativa que decorre do fato jurídico.

Em qualquer postulação judicial, impõe-se ao requerente a descrição dos fatos e do enquadramento normativo do seu pleito. Isso acontece sempre, quer se trate de uma demanda inicial, quer se trate de um recurso, de uma contestação, de um requerimento de nulidade de ato, de produção de prova, de um juízo de retratação etc.

Assim, na tarefa de aplicação do direito, o julgador haverá de examinar, inexoravelmente, questões de fato (*quaestiones facti*) e questões de direito (*quaestiones iuris*). A distinção entre uma e outra não é simples.[22]

O primeiro critério distintivo baseia-se no objeto da questão, na matéria sobre a qual versa: será fática a questão que tiver por objeto um fato; jurídica, aquela que tiver por objeto uma norma, um fato jurídico ou um efeito jurídico.

Não é, entretanto, o melhor critério. Isso porque é indiscutível que, no suporte fático concreto, se possa encontrar um fato jurídico (fato após a incidência

22. Para aprofundamento, o impressionante trabalho de conteúdo dogmático e filosófico, de Castanheira Neves. *Questão de facto – questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967, passim. Ainda sobre o tema, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 433-438 Na literatura brasileira, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2002, p. 153-165; KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

normativa) ou um efeito jurídico (relação jurídica, direito, dever etc.).[23] É possível "funcionar como *quaestio facti* uma questão que, olhada exclusivamente em seu objeto, mereceria inclusão entre as *quaestiones iuris*".[24] Veja-se o exemplo da ação rescisória (art. 966 do CPC): boa parte dos fatos aptos a ensejar a rescisão da sentença envolve questões jurídicas (prevaricação, concussão e corrupção, inciso I do art. 966; violação a norma jurídica, inciso V do art. 966), e nem por isso se pode dizer que, vistas por uma perspectiva funcional, seriam elas questões de direito.

Convém, portanto, distingui-las com base em critério funcional.

Considera-se questão de fato toda aquela relacionada aos pressupostos fáticos da incidência; toda questão relacionada à existência e às características do suporte fático concreto, pouco importa se, examinada pela perspectiva do objeto, é questão de fato ou questão de direito. Por exemplo: toda questão relacionada à causa de pedir será considerada questão de fato[25].

Será questão de direito toda aquela relacionada com a aplicação da hipótese de incidência no suporte fático; toda questão relacionada às tarefas de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo.

Esta distinção é fundamental do ponto de vista prático.

As questões de direito podem ser apreciadas de ofício pelo magistrado. Vige a regra do *iura novit curia*: do direito cuida o juiz; o magistrado não fica adstrito à iniciativa da parte para identificar a norma jurídica que lhe caiba aplicar[26] – embora isso deva ser feito em respeito ao princípio da cooperação (art. 6º, CPC) e à regra que veda decisão surpresa (art. 10, CPC). Algumas questões de fato, como aquelas relacionadas à causa de pedir e às exceções em sentido estrito, não podem ser conhecidas pelo juiz sem que tenha havido provocação da parte ou do interessado (arts. 141 e 492 do CPC); outras, no entanto, podem ser examinadas *ex officio*, como se percebe do art. 493 do CPC. As questões de direito não se submetem, em regra, à preclusão (podem ser alegadas a qualquer tempo, ressalvada a existência de anterior decisão a seu respeito), enquanto as questões de fato, ao contrário, no mais das vezes se sujeitam à preclusão.

Há incidentes processuais que somente podem ter por objeto questões de direito, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e segs. do CPC). Os recursos extraordinários (recurso extraordinário para o STF, art.

23. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 41-42.
24. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória". *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 208.
25. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória", cit., p. 207.
26. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória", cit., p. 210.

102, III, CF/1988; recurso especial para o STJ, art. 105, III, CF/1988) somente podem ter por objeto de julgamento uma questão de direito.

As questões de fato compõem o objeto da prova; as questões de direito não requerem prova – não confundir, entretanto, com a prova do direito, a que se refere o art. 376 do CPC, pois, neste caso, o teor e a vigência do direito objetivo são fatos.

5.3. Questões prévias: questões preliminares e questões prejudiciais

Há questões que devem ser examinadas antes, pois a sua solução precede logicamente à de outra.[27] Elas são as questões prévias. O exame das questões prévias sempre pressupõe a existência de ao menos duas questões: a que precede e subordina e a que sucede e é subordinada. Quando entre duas ou mais questões houver relação de subordinação, dir-se-á que a questão subordinante é uma questão prévia.

As questões prévias dividem-se em prejudiciais e preliminares. É importante lembrar, ainda, que, entre duas ou mais questões, pode existir uma relação de coordenação: "no sentido de que as duas questões, ou mais exatamente as soluções que se lhe deem, estão ordenadas a um fim comum".[28]

Não se distinguem as questões prévias pelo seu conteúdo (mérito e não-mérito). "O que importa, portanto, para a distinção entre prejudicial e preliminar, não é, assim, a natureza da questão vinculada, mas o teor de influência que a questão vinculante terá sobre aquela (vinculada)".[29] É equivocada a distinção que se faz entre prejudiciais, como se fossem sempre de mérito, e preliminares, como se fossem sempre processuais. A distinção correta baseia-se na relação que mantêm as diversas questões postas à cognição judicial. É importante frisar, por isso mesmo, que os conceitos de questão preliminar e questão prejudicial são conceitos relativos: "não se há de dizer de uma questão X que seja, em si mesma, prejudicial ou preliminar, mas que é prejudicial ou preliminar da questão Y".[30]

Adota-se, mais uma vez, a concepção de José Carlos Barbosa Moreira.

Considera-se questão preliminar aquela cuja solução, conforme o sentido em que se pronuncie, cria ou remove obstáculo à apreciação da outra. A própria possibilidade de apreciar-se a segunda depende, pois, da maneira por que se resolva

27. José Carlos Barbosa Moreira considera que melhor seria a menção a "questões prioritárias", em vez de "questões prévias", exatamente para que não houvesse dúvida de que a precedência é lógica e não cronológica ("Questões prejudiciais e questões preliminares". *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 76).
28. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 75.
29. ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, p. 15.
30. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 89.

a primeira.[31] A preliminar é uma espécie de obstáculo que o magistrado deve ultrapassar no exame de uma determinada questão. É como se fosse um semáforo: acesa a luz verde, permite-se o exame da questão subordinada; caso se acenda a vermelha, o exame torna-se impossível.[32]

Afirma-se que a questão preliminar não pode ser objeto de um processo autônomo.[33] Essa afirmação somente se justifica se adotado o conceito estreito de questão, visto no item acima. É plenamente possível que uma questão principal (um pedido) seja preliminar a outro. Dois exemplos: (a) o pedido de rescisão é preliminar ao pedido de rejulgamento na ação rescisória (art. 968, I, do CPC); (b) o exame da demanda principal é preliminar ao exame da denunciação da lide, pois, vencedor o denunciante, a denunciação não será examinada – sobre a denunciação da lide, ver o capítulo sobre as intervenções de terceiro, neste volume do *Curso*.

José Carlos Barbosa Moreira identifica três tipos de questões preliminares. Eis a sua classificação.

a) Preliminares ao conhecimento do mérito da causa. Os pressupostos de admissibilidade do exame do mérito (pressupostos processuais) são questões preliminares, na medida em que, a depender da solução que se lhes dê, podem impedir o exame do objeto litigioso do processo. Essas preliminares são questões processuais.

b) Preliminares de recurso: "...questões de cuja solução depende a possibilidade de julgar-se o mérito da impugnação...".[34] São preliminares de recurso todos os seus requisitos de admissibilidade: cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, tempestividade, regularidade formal e preparo.

c) Preliminares de mérito: "...as questões já situadas no âmbito do *meritum causal*, mas suscetíveis, se resolvidas em certo sentido, de dispensar o órgão julgador de prosseguir em sua atividade cognitiva (v. g., a questão da prescrição)".[35]

> Não parece que a prescrição seja sempre uma questão preliminar, como entende Barbosa Moreira. A prescrição é uma questão preliminar em relação às demais questões de defesa suscitadas pelo demandado: uma vez acolhida a prescrição, as demais alegações do réu nem serão examinadas. Sucede que a prescrição é, porém, uma questão prejudicial ao exame do pedido (questão principal do processo): uma vez acolhida a prescrição, rejeita-se o pedido. Note que o pedido

31. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 87.
32. O exemplo é de Hélio Tornaghi (*Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 143).
33. FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1988, p. 52.
34. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, item 370, p. 679.
35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed., cit., item 370, p. 679.

será examinado, mas não será acolhido. Reforça-se o que já se disse: uma questão não é essencialmente preliminar ou prejudicial. Essa qualificação dependerá sempre do tipo de relação de subordinação que a questão mantém com outra.

Além disso, a prescrição é contradireito; nessa qualidade, ela compõe o próprio mérito da causa, conforme visto.

Considera-se questão prejudicial aquela de cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento. A segunda questão depende da primeira não no seu *ser*, mas no seu *modo de ser*.[36] A questão prejudicial funciona como uma espécie de placa de trânsito, que determina para onde o motorista (juiz) deve seguir. Costuma-se dizer que as questões prejudiciais podem ser objeto de um processo autônomo.[37] São exemplos de questões prejudiciais: a) a validade do contrato, na demanda em que se pretende a sua execução; b) a filiação, na demanda por alimentos; c) a inconstitucionalidade da lei, na demanda em que se pretenda a repetição do indébito tributário etc.

Quando a questão prejudicial é o próprio objeto litigioso do processo (questão a ser resolvida *principaliter*), a doutrina costuma referir-se à causa prejudicial, ao invés de "questão prejudicial", expressão que ficaria restrita à situação em que o exame da questão fará parte apenas da fundamentação da decisão. É, como visto, um problema terminológico: basta que se tenha em vista que tanto é questão a que apenas será conhecida como aquela que, além disso, será decidida.[38]

A questão prejudicial pode ser interna, quando surge no mesmo processo em que está a questão subordinada, ou externa, quando está sendo discutida em outro processo. A distinção é relevante para fins de suspensão do processo (art. 313, V, "a", CPC).

Tratando-se de questão prejudicial interna, é possível que sua resolução, como questão principal, não seja da competência do juízo do processo, ainda que este detenha competência para julgamento da questão principal. Nesse caso, três são as possíveis soluções: *a)* remessa de todo o processo para o juízo competente para o julgamento da questão prejudicial, que também teria a competência para o julgamento da prejudicada (como pode ocorrer com a aplicação do art. 947, do CPC); *b)* atribuição de competência ao juízo da causa para, incidentalmente, resolver a questão prejudicial (por exemplo: art. 93, §1º, do Código de Processo Penal); *c)* cisão

36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 83.
37. "Questão que se caracteriza por ser um antecedente lógico e necessário da questão prejudicada, cuja solução condiciona o teor do julgamento da questão subordinada, trazendo ainda consigo a possibilidade de se constituir em objeto de processo autônomo". (FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*, cit., p. 96)
38. FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade,* cit., p. 60, item 24.

de julgamento, com a remessa do exame da questão prejudicial para a resolução pelo juízo com competência exclusiva para a matéria tratada nesse julgamento incidental, retornando o processo, a seguir, ao juízo originário para a resolução da questão principal, de acordo com o que se houver decidido no incidente (é o que ocorre no incidente de inconstitucionalidade em julgamento no tribunal: arts. 948-949 do CPC).[39]

A questão prejudicial pode ser homogênea, quando integrante ao mesmo ramo do Direito da questão subordinada (filiação/alimentos, *e. g.*), ou heterogênea, quando pertencem as questões a ramos distintos do Direito (validade do casamento/crime de bigamia). Esta distinção tem relevância para a solução dos problemas relacionados à conexão por prejudicialidade. Se heterogênea e externa a questão prejudicial, dificilmente será possível a reunião dos feitos como efeito da conexão por prejudicialidade, por força da incompetência absoluta em razão da matéria, a determinar, por isso mesmo, a suspensão de um dos processos (art. 313, V, "a", do CPC). Quando, não obstante a heterogeneidade, o juízo tiver competência material para conhecer de ambas, a reunião das causas se impõe, em razão da conexão.

5.4. Pressupostos processuais e mérito: questões de admissibilidade e questões de mérito

Em razão do desenvolvimento dos estudos processuais, difundiu-se a distinção entre ação, processo e mérito, passando os doutrinadores a classificar as questões de acordo com o seguinte trinômio:[40] "pressupostos processuais" (expressão que envolve tanto os pressupostos de existência como os requisitos de validade do processo), condições da ação e questões de mérito. Como é fácil perceber, trata-se de classificação que toma por base o objeto das questões.

Conforme visto no capítulo sobre a teoria da ação, o CPC atual não mais menciona a categoria "condição da ação".

De fato, o mais correto é realmente dividir as questões em questões de mérito e questões de admissibilidade, sendo que os pressupostos processuais são exatamente as questões de admissibilidade.

É que dois são os juízos que o magistrado pode fazer em um procedimento: o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final) e o juízo de mérito (juízo sobre o objeto litigioso). Se apenas há dois tipos de

39. Sobre as soluções alvitradas, Adroaldo Furtado Fabrício. "A prejudicialidade de direito Comunitário nos Tribunais Supranacionais". *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132-133. Os exemplos para as hipóteses "a" e "b" não foram citados por esse autor.

40. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 75.

juízo, não há sentido em distinguir três tipos de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade, *tertium non datur* (princípio lógico do terceiro excluído).

Há requisitos de admissibilidade do procedimento principal (aquele instaurado pela demanda inicial), cuja falta compromete todo o processo (conjunto de todos os atos, quer pertençam ao procedimento principal, quer pertençam a procedimentos incidentais), e requisitos de admissibilidade de cada procedimento incidente/recursal que componha a estrutura da relação jurídica processual (requisitos de admissibilidade do recurso, das exceções instrumentais etc.), cuja falta inviabiliza apenas o procedimento a que se relaciona.

O juízo de admissibilidade do procedimento consiste na verificação da possibilidade de o objeto litigioso do procedimento ser apreciado.

Agora, as questões de mérito.

As questões de mérito (*lato sensu*) devem ser divididas: (a) Há as questões de mérito *(lato sensu)* que serão resolvidas pelo magistrado como simples fundamento: algumas defesas do réu, o exame da questão incidental de mérito etc. – a doutrina geralmente designa apenas essas como questões de mérito; (b) E o mérito propriamente dito, que é a questão principal, o objeto litigioso. Chama-se de juízo de mérito a decisão sobre a questão de mérito principal, em que se examinam as outras questões de mérito (fundamentos).

É possível que algumas questões sejam de admissibilidade, em relação a um dado procedimento, e de mérito, em relação a outro. Jamais uma mesma questão pode ser de admissibilidade e de mérito em relação a um mesmo procedimento.[41] Na prática, não se costuma tomar o cuidado de atentar para essa sutileza.

A "legitimidade *ad causam*" extraordinário é uma questão de admissibilidade, mas pode ser questão de mérito de um recurso em que se discuta a ilegitimidade de uma das partes;[42] a competência do juízo é, de regra, uma questão de admissibilidade, mas é questão de mérito na ação rescisória por incompetência absoluta (art. 966, II, CPC) e no conflito de competência.[43] Quando uma questão, que inicialmente era processual, compõe o mérito, haverá outras questões processuais que serão

41. "É notória a existência de processos em que a questão de mérito tem de ser resolvida à luz de normas de direito processual" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário.* Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 142).

42. "Lê-se com certa frequência, em minutas de julgamento e em acórdãos concernentes a recursos, que o órgão julgador, 'preliminarmente', rejeitou a arguição de ilegitimidade *ad causam,* ou a de prescrição, e assim por diante. Tal modo de falar deve ser evitado como equívoco: há confusão entre preliminar do recurso e preliminar da causa. A questão da ilegitimidade ou a da prescrição pode constituir o próprio objeto da impugnação do recorrente, de modo que, depois de decidi-la, o órgão julgador já nada mais teria que apreciar. O recurso, insista-se, terá sido julgado no mérito". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11 ed., cit., p. 680).

43. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A competência como questão preliminar e como questão de mérito". *Temas de direito processual – quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100-104.

questões de admissibilidade. Essa observação é importante, pois, sendo questão de mérito de um procedimento principal um pressuposto processual, a sua análise estará apta a ficar imune com a coisa julgada material. O mérito de um procedimento pode ser composto exclusivamente por questões que anteriormente eram processuais. A partir do momento em que se torna o objeto litigioso do processo, a questão deixa de ser processual e passa a ser uma questão material ou de mérito.

Eis o ponto que se não pode ignorar: o órgão jurisdicional realiza dois juízos no processo: admissibilidade e mérito, sendo que o primeiro é preliminar ao segundo. Em cada um desses juízos, há questões incidentes e questão(ões) principal(is). A questão principal do juízo de admissibilidade é a validade do procedimento; a questão principal do juízo de mérito é o pedido e a sua respectiva causa de pedir. Todas as questões que devem ser examinadas para a solução dessas questões principais são questões incidentais. A observação é importante para que se possa defender a existência de preclusão da possibilidade de discutir o juízo de admissibilidade do procedimento (sobre o assunto, ver o capítulo sobre as providências preliminares e o julgamento conforme o estado do processo). É imprescindível, ainda, para que se compreenda a razão da necessidade de, em um julgamento de tribunal, os votos serem colhidos separadamente para os juízos de admissibilidade e de mérito (sobre o assunto, ver item a ele dedicado no capítulo sobre a ordem do processo nos tribunais, no v. 3 deste *Curso).*

6. ESPÉCIES DE COGNIÇÃO

A cognição pode ser visualizada em dois planos, ainda de acordo com o estudo de Kazuo Watanabe.[44]

Em primeiro lugar, o plano horizontal (extensão), que diz respeito à extensão e à amplitude das questões que podem ser objeto da cognição judicial. Aqui se definem quais as questões podem ser examinadas pelo magistrado. A cognição, assim, pode ser: a) *plena*: não há limitação ao que o juiz conhecer; b) *parcial ou limitada*: limita-se o que o juiz pode conhecer. O procedimento comum é de cognição plena, na medida em que não há qualquer restrição da matéria a ser posta sob apreciação; o procedimento especial da desapropriação, no entanto, é de cognição limitada, porquanto não se possa, em seu bojo, discutir a validade do ato expropriatório. A limitação da cognição normalmente favorece à razoável duração do processo, daí a razão de muitos procedimentos especiais terem por característica exatamente a limitação cognitiva.

Em segundo lugar, o plano vertical (profundidade), que diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado. Aqui se responde à pergunta:

44. *Da cognição no processo civil*, cit., p. 84-94.

de que forma o órgão jurisdicional conheceu aquilo que lhe foi posto à apreciação? A cognição poderá ser, portanto, exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame. Somente as decisões fundadas em cognição exauriente podem estabilizar-se pela coisa julgada. Daí poder afirmar-se que a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas.

Combinam-se estas modalidades de cognição para a formação dos procedimentos.

Há procedimentos de *cognição plena e exauriente*, que são a regra. A solução dos conflitos de interesses é feita por um provimento exarado em um procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade desta mesma cognição. Decisões proferidas aqui são, por exemplo, aquelas do procedimento comum. Prestigia-se o valor segurança.

A cognição pode ser *parcial e exauriente*: a limitação é apenas do quê; quanto às questões que podem ser resolvidas, a cognição é exauriente, de sorte que a sentença (julgado) tem aptidão para produzir coisa julgada material. Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta: a) as peculiaridades do direito material, e/ou; b) a necessidade de tornar o processo mais célere. Ressalva-se, todavia, o direito de questionar as questões controvertidas excluídas em demanda autônoma. Há o prestígio dos valores certeza e razoável duração do processo, na medida em que se permite o surgimento de uma sentença em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa. São exemplos: a) embargos de terceiro (art. 680, CPC); b) desapropriação.

A cognição poderá ser, ainda, *plena e exauriente "secundum eventum probationis"*: sem limitação à extensão da matéria a ser debatida em juízo, mas com o condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes. Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres: a) com supressão da fase probatória específica; ou b) procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção; c) ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita, quando em discussão situação jurídica coletiva, a formação de coisa julgada material, a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente.

A decisão definitiva da questão principal fica condicionada à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, com base na prova existente dos autos (e permitida para o procedimento), efetivar. À conclusão de insuficiência, o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando a autoridade de coisa julgada material. São exemplos: a) procedimento de inventário, quando se afirma que a questão prejudicial surgida será decidida se o magistrado dispuser de elementos bastantes para o estabelecimento do juízo de certeza; caso contrário, será considerada questão de alta indagação, devendo ser remetida para

os meios ordinários (art. 612 do CPC); b) mandado de segurança (enunciado 304 da súmula da jurisprudência predominante do STF; art. 19, Lei n. 12.016/2009); c) desapropriação, na fase de levantamento do preço, havendo dúvida fundada sobre o domínio, o magistrado não deferirá a nenhum dos litigantes a entrega do preço, determinando a solução da controvérsia em ação própria (art. 34, *caput*, e parágrafo único, do Dec.-lei 3.365/1941); d) a disciplina da ação popular (art. 18 da Lei n. 4.717/1965) e das ações coletivas (art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor).

Pode-se vislumbrar, ainda, a cognição *eventual*, plena ou limitada, e exauriente (*secundum eventum defensionis*): somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, eis porque eventual. É exemplo a ação monitória (arts. 700-702, CPC). A estabilização da tutela provisória satisfativa também se estrutura a partir desta técnica (art. 304, CPC).

A cognição sumária (possibilidade de o magistrado decidir sem exame profundo) é permitida, normalmente, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência (demonstração processual) do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto. No plano vertical, a diferença entre as modalidades de cognição está apenas na maneira como o magistrado enxerga as razões das partes. Vejamos o exemplo da ação possessória: o juiz, ao examinar a inicial, analisa, sumariamente, se houve posse e o esbulho/turbação, para fim de concessão da tutela antecipada possessória; na sentença, examinará as mesmas questões, desta feita em cognição exauriente.

A cognição sumária conduz aos chamados juízos de probabilidade; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões *provisórias*. Tem por objetivos assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela antecipada cautelar, em que há cognição sumária do direito acautelado) ou realizar antecipadamente um direito (tutela antecipada satisfativa). Caracteriza-se, principalmente, pela circunstância de não ensejar a produção da coisa julgada material.

É ambiente propício à cognição sumária a possibilidade de tutela provisória, seja ela satisfativa ou cautelar (arts. 294-311, CPC).

os meios ordinários (art. 672 do CPC); b) mandado de segurança (enunciado 304 da súmula da jurisprudência predominante do STF; art. 19, lei n. 12.016/2009); c) desapropriação, na fase de levantamento do preço, havendo dúvida fundada sobre o domínio, o magistrado não deferirá a nenhum dos litigantes a entrega do preço, determinando a solução da controvérsia em ação própria (art. 34, caput, e paragrafo único, do Dec.-lei 3.365/1941); d) a disciplina da ação popular (art. 18 da lei n. 4.717/1965) e das ações coletivas (art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor).

Pode-se vislumbrar, ainda, a cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente (secundum eventum defensionis): somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, eis porque eventual. É exemplo a ação monitória (arts. 700-702, CPC). A estabilização da tutela provisória satisfativa também se estrutura a partir desta técnica (art. 304, CPC).

A cognição sumária (possibilidade de o magistrado decidir sem exame profundo) é permitida, normalmente, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência (demonstração processual) do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto. No plano vertical, a diferença entre as modalidades de cognição está apenas na maneira como o magistrado enxerga as razões das partes. Vejamos o exemplo da ação possessória: o juiz, ao examinar a inicial, analisa, sumariamente, se houve posse e o esbulho/turbação, para fim de concessão da tutela antecipada possessória; na sentença, examinará as mesmas questões, desta feita em cognição exauriente.

A cognição sumária conduz aos chamados juízos de probabilidade; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias. Tem por objetivos assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela antecipada cautelar, em que há cognição sumária do direito acautelado) ou realizar antecipadamente um direito (tutela antecipada satisfativa). Caracteriza-se, principalmente, pela circunstância de não ensejar a produção da coisa julgada material.

É ambiente propício à cognição sumária a possibilidade de tutela provisória, seja ela satisfativa ou cautelar (arts. 294-311, CPC).

CAPÍTULO 12

Litisconsórcio

Sumário • 1. Conceito – 2. Classificação: 2.1. Ativo, passivo e misto; 2.2. Inicial e ulterior; 2.3. Unitário e simples: 2.3.1. Unitário; 2.3.2. Simples ou comum; 2.4. Necessário e facultativo: 2.4.1. Generalidades; 2.4.2. Litisconsórcio necessário unitário, litisconsórcio facultativo unitário e hipóteses de intervenção *iussu iudicis*; 2.4.3. Litisconsórcio necessário por força de lei; 2.4.4. Síntese das combinações possíveis entre os litisconsórcios unitário, simples, necessário e facultativo; 2.4.5. Litisconsórcio necessário ativo; 2.4.6. Natureza da sentença proferida contra litisconsorte necessário não citado; 2.4.7. Litisconsórcio necessário e negócio jurídico processual; 2.4.8. Litisconsórcio facultativo unitário e coisa julgada – 3. Regime de tratamento dos litisconsortes – 4. Modalidades especiais de Litisconsórcio facultativo e cumulação de pedidos: 4.1. Litisconsórcio sucessivo; 4.2. Litisconsórcio eventual; 4.3. Litisconsórcio alternativo – 5. Litisconsórcio por comunhão, por conexão ou por afinidade. Litisconsórcio facultativo impróprio. Litisconsórcio recusável. Litisconsórcio multitudinário.

1. CONCEITO

Litisconsórcio é a pluralidade de sujeitos em um dos polos de uma relação processual.

Há litisconsórcio quando houver mais de um autor ou mais de um réu, por exemplo. Mas o litisconsórcio não se restringe à principal relação jurídica processual. Pode haver litisconsórcio em incidentes processuais – mais um de sujeito requer a instauração de um conflito de competência; pode haver litisconsórcio em um recurso – já presenciamos um caso em que autor e réu se consorciaram para opor embargos de declaração contra uma sentença homologatória de transação judicial.

Por isso, é melhor dizer que o litisconsórcio é uma pluralidade de sujeitos em um polo de *uma* relação jurídica processual.

2. CLASSIFICAÇÃO

2.1. Ativo, passivo e misto

O litisconsórcio pode ser ativo ou passivo, a depender do polo da relação processual em que ele se formar. Será considerado misto, se a pluralidade de pessoas ocorrer em ambos os polos da relação.

2.2. Inicial e ulterior

Litisconsórcio inicial é aquele que se forma contemporaneamente à formação do procedimento ou do incidente, quer porque mais de uma pessoa postulou, quer porque em face de mais de uma pessoa a demanda foi proposta.

Litisconsórcio ulterior é aquele que surge após o procedimento ter-se formado. É visto como algo excepcional, pois tumultua a marcha do procedimento.

De três maneiras pode surgir o litisconsórcio ulterior: a) em razão de uma intervenção de terceiro (chamamento ao processo e denunciação da lide, por exemplo); b) pela sucessão processual (o ingresso dos herdeiros no lugar da parte falecida, art. 110 do CPC); c) pela conexão ou continência (arts. 55 e 58 do CPC), se impuserem a reunião das causas para processamento simultâneo.[1]

2.3. Unitário e simples

Trata-se de divisão do litisconsórcio que parte da análise do objeto litigioso do procedimento (e, portanto, da situação jurídica substancial deduzida).

2.3.1. Unitário

Há *litisconsórcio unitário* quando o provimento jurisdicional de mérito tem de regular de modo uniforme a situação jurídica dos litisconsortes, não se admitindo, para eles, julgamentos diversos. O julgamento terá de ser o mesmo para todos os litisconsortes. Esta é, aliás, a definição legal, prevista no art. 116 do CPC: "O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes".

O *litisconsórcio unitário* é a unidade da pluralidade: vários são considerados um; o *litisconsórcio unitário* não é o que parece ser, pois várias pessoas são tratadas no processo como se fossem apenas uma.

Para que se caracterize como unitário, o litisconsórcio dependerá da natureza da relação jurídica controvertida: haverá unitariedade quando o mérito envolver *uma* relação jurídica *indivisível*. É imprescindível perceber que são dois os pressupostos para a caracterização da unitariedade, que devem ser investigados nesta ordem: a) os litisconsortes discutem uma única relação jurídica; b) essa relação jurídica é indivisível.

Situação peculiar é a da solidariedade obrigacional. É possível o surgimento de litisconsórcio em processos em que se discuta uma obrigação solidária. Nestes casos, haverá o preenchimento do primeiro pressuposto: os litisconsortes discutem uma relação jurídica. Sucede que nem sempre a obrigação solidária é indivisível. Assim, é importante frisar que a solidariedade não implica, necessariamente, unitariedade. Credores ou devedores solidários podem ser litisconsortes unitários (se a obrigação solidária for indivisível) ou simples (se divisível).

Há estreita relação entre o *litisconsórcio unitário* e a colegitimação. Para que duas ou mais pessoas estejam em juízo discutindo uma mesma relação jurídica, é

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 330.

preciso que tenham elas legitimidade *ad causam* para tanto; ou seja, é preciso que sejam colegitimadas.

Há *litisconsórcio unitário* quando se "litisconsorciam" para a defesa de uma mesma relação jurídica. Algumas situações servem de exemplo:

a) dois legitimados ordinários: como dois condôminos em demanda para proteger a coisa comum;

b) um legitimado ordinário e um extraordinário: como nos casos do litisconsórcio entre o denunciante e o denunciado à lide (arts. 127 e 128, I, CPC) e o do litisconsórcio entre o adquirente e o alienante da coisa litigiosa (art. 109, §2º, CPC);

c) legitimados extraordinários: como é o caso do litisconsórcio entre legitimados para a tutela coletiva (p. ex., litisconsórcio entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal para o ajuizamento de uma ação coletiva).

O regime da unitariedade nada diz sobre ser necessária ou facultativa a formação do litisconsórcio. Ele atua num outro momento, posterior à necessariedade de sua formação (e, por isso, comumente chamado de "segundo momento"):[2] diante do litisconsórcio já efetivamente formado, regula ele, a partir do exame do objeto litigioso, a uniformidade do julgamento. É importante não relacionar, neste momento, o litisconsórcio *unitário* e o litisconsórcio *necessário* – isso será feito mais adiante.

2.3.2. Simples ou comum

O *litisconsórcio simples* (ou *comum*) é aquele em que a decisão judicial sobre o mérito pode ser diferente para os litisconsortes. A mera possibilidade de a decisão ser diferente já torna *simples* o litisconsórcio.

Ele ocorre quando os litisconsortes discutem uma pluralidade de relações jurídicas ou quando discutem uma relação jurídica cindível (como normalmente ocorre nos casos de solidariedade, conforme já visto).

O *litisconsórcio simples* é o que parece ser: cada um dos litisconsortes é tratado como parte autônoma.

2.4. Necessário e facultativo

2.4.1. Generalidades

Há litisconsórcio necessário quando a sua formação for obrigatória.

2. Sobre a expressão, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 160.

O *litisconsórcio necessário* está ligado diretamente à indispensabilidade da integração do polo passivo da relação processual por todos os sujeitos, seja por conta da própria natureza da relação jurídica discutida (unitariedade), seja por imperativo legal.

A necessariedade atua, por isso, na formação do litisconsórcio e nisso, repise-se, difere da unitariedade, vez que esta pressupõe um litisconsórcio já formado. O *litisconsórcio necessário* revela casos de legitimação *ad causam conjunta* ou *complexa*.[3]

A noção de *litisconsórcio facultativo* retira-se por exclusão à de litisconsórcio necessário.

Facultativo é o litisconsórcio que pode ou não se formar. Trata-se do litisconsórcio cuja formação fica a critério dos litigantes. Com o perdão pelo truísmo: o litisconsórcio será facultativo quando não for necessário.

A dificuldade está na identificação de quando o litisconsórcio é necessário.

O art. 114 do CPC regula a questão. Vamos examiná-lo nos próximos itens.

2.4.2. Litisconsórcio necessário unitário, litisconsórcio facultativo unitário e hipóteses de intervenção iussu iudicis

O litisconsórcio será necessário em duas situações.

Se unitário passivo, será necessário (art. 114, *caput*, CPC)[4], salvo se houver expressa disposição legal em outro sentido.

Isso decorre do trecho do art. 114 do CPC, que impõe o litisconsórcio quando "pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes".

A redação legal não é boa.

Na verdade, é tautológica: o litisconsórcio é necessário quando a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes; ou seja, será necessário quando for necessário. Mas no trecho em que remete à relação jurídica controvertida ("quando, pela natureza da relação jurídica controvertida") o

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 312. "...a legitimidade ordinária de cada colegitimado está chumbada à dos demais, de modo a só se completar com o concurso de todos os legitimados..." (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 119.)

4. Isto se dá pelo fato de que ambos são, no dizer de DINAMARCO, "expressões de uma só ideia, qual seja a inadmissibilidade de cindir determinada relação jurídica". E continua, afirmando que "seria insuficiente exigir que, em certos casos, o julgamento fosse homogêneo e coerente entre os co-litigantes, permitindo embora que a causa se processasse sem a presença de todos eles: por outro lado, nesses casos 'não teria sentido obrigar diversos sujeitos a estar em juízo juntos', não fora para com isso garantir o tratamento unitário de seus interesses" (*Litisconsórcio*, cit., p. 159). No mesmo sentido, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros Ed., 1995, p. 89.

legislador indica que está a referir-se ao litisconsórcio unitário, que é o tipo de litisconsórcio definido a partir da relação jurídica litigiosa.

Assim, eis, de forma bem simples: o litisconsórcio unitário passivo (não há litisconsórcio necessário ativo, como se verá) será, em regra, necessário.

Note que *nem todo litisconsórcio unitário é necessário*; há litisconsórcio facultativo unitário. O unitário necessário é o litisconsórcio passivo.

> É fundamental não misturar o litisconsórcio unitário com o litisconsórcio necessário, confusão muito comum. "O processualista brasileiro moderno coloca corretamente em planos diversos os dois fenômenos, consciente de que são problemáticas distintas a da indispensabilidade da integração de todos os colegitimados na relação processual (litisconsórcio necessário ou facultativo) e a do regime de tratamento dos litisconsortes no processo".[5]

Mas, excepcionalmente, pode haver litisconsórcio unitário passivo facultativo.

São raros os exemplos: *a)* litisconsórcio formado entre réu-denunciante e denunciado à lide (art. 128, I, CPC); *b)* litisconsórcio formado entre réu-alienante de coisa litigiosa e adquirente da coisa litigiosa (art. 109, §2º, CPC); *c)* litisconsórcio entre devedores solidários de obrigação indivisível (art. 275, Código Civil).

As situações de litisconsórcio *facultativo unitário* ocorrem notadamente, porém, no polo ativo da relação jurídica processual[6].

A facultatividade decorre de algumas razões:

a) não se pode condicionar o direito de ação do autor à participação dos demais colegitimados como litisconsortes ativos;

b) proposta a demanda sem a presença de todos os colegitimados, não poderia o magistrado ordenar a integração do polo ativo pelos colegitimados faltantes, já que não é admissível, no nosso sistema, que alguém seja obrigado a litigar, como autor, em demanda judicial".[7]

Em suma, o *litisconsórcio necessário* é sempre passivo. Sobre a inexistência de *litisconsórcio necessário ativo*, ver item adiante.

---

5. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 122. Sobre o tema, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O litisconsórcio e seu duplo regime", in *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 39 e seguintes.
6. "O fenômeno do litisconsórcio unitário facultativo, se não é próprio do lado ativo da relação processual, pelo menos é aí que se manifesta com muito mais acentuada frequência, talvez com exclusividade" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 188).
7. No mesmo sentido, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 188-191. Em sentido oposto, entendendo essencial que os demais litisconsortes ativos sejam trazidos ao processo, sob pena de extinção sem julgamento de mérito por falta de legitimação para agir, cf. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 7.

> Alguns exemplos de *litisconsórcio facultativo unitário*: a) ação reivindicatória da coisa comum, que pode ser proposta por qualquer dos condôminos (art. 1.314 do Código Civil); b) ação para haver de terceiro a universalidade da herança, para a qual tem legitimidade isolada qualquer dos coerdeiros (art. 1.791 do Código Civil); c) ação de deserdação, que pode ser proposta por qualquer pessoa a quem aproveite a deserdação; d) ação de dissolução de sociedade, que pode ser proposta por qualquer dos sócios; e) ação de anulação ou de nulidade de deliberação de assembleia de sociedade, que poderá ser proposta por qualquer dos sócios; f) ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, independentemente da adesão de outros cidadãos também colegitimados (art. 5.º, LXXIII, da CF; art. 1.º da Lei n.º 4.717/1965); g) ação civil pública, que pode ser proposta pelo Ministério Público, pelas pessoas jurídicas componentes da Administração Pública direta e indireta e por associações (art. 5.º da Lei n.º 7.347/1985).[8]

Diante dessa situação – demanda proposta por um litigante, mas que poderia ter sido proposta por mais de um, em litisconsórcio unitário –, cabe ao juiz determinar a convocação de possível litisconsorte unitário ativo para, querendo, integrar o processo. Trata-se de exemplo de intervenção *iussu iudicis* (sobre o tema, ver o capítulo sobre intervenção de terceiros neste volume do *Curso*).

Essa providência tem o objetivo de dar ciência do litígio ao possível litisconsorte unitário, para que possa tomar a providência que lhe convier[9]. Isto vai permitir que, tendo ou não ingressado no processo, a esse colegitimado se estendam os efeitos da coisa julgada[10]. Sobre a polêmica a respeito da extensão da coisa julgada ao terceiro possível litisconsorte unitário, ver item seguinte.

Uma vez cientificado, o terceiro pode: *a)* ou assumir a posição de litisconsorte ativo ulterior unitário; b) calar-se, prosseguindo a condução do processo pelo demandante originário, que é seu substituto processual (legitimado extraordinário); c) aderir à contestação do réu, resistindo à pretensão do demandante originário, assumindo posição semelhante à de um assistente[11]. Nesse último caso, atuaria

8. Ver extenso rol de exemplos trazidos por Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 191-195.

9. Enunciado n. 11 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O litisconsorte unitário, integrado ao processo a partir da fase instrutória, tem direito de especificar, pedir e produzir provas, sem prejuízo daquelas já produzidas, sobre as quais o interveniente tem o ônus de se manifestar na primeira oportunidade em que falar no processo".

10. Sérgio Ferraz afirma que deve haver a intimação do possível litisconsorte, para que se lhe estenda a força da coisa julgada (*Assistência Litisconsorcial no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1979, p. 29).

11. Enunciado n. 118 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O litisconsorte unitário ativo, uma vez convocado, pode optar por ingressar no processo na condição de litisconsorte do autor ou de assistente do réu". Solução encontrada na doutrina alemã (Blomeyer, Arwed. *Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren*. 2 ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1985, § 112, I, p. 642), citada por Mathias Lambauer (ob. cit., p. 122, nota 26) e Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 8 ed., cit., p. 475). Essa

em nome próprio defendendo a situação jurídica afirmada pelo réu – caso, pois, de legitimação extraordinária.[12]

2.4.3. Litisconsórcio necessário por força de lei

Há o segundo caso de litisconsórcio necessário.

O litisconsórcio também será necessário quando assim o dispuser expressamente a lei (art. 114, primeira parte, CPC).

A partir daí se pode chegar já a uma conclusão: é perfeitamente possível que haja litisconsórcio *necessário simples*. Basta que a lei, por questão de conveniência e buscando preservar a harmonização dos julgados e a eficiência, imponha a obrigatoriedade.

O litisconsórcio necessário-simples é, basicamente, o litisconsórcio necessário por força de lei. Assim, *nem todo litisconsórcio necessário é unitário.*

São exemplos de litisconsórcio necessário por força de lei – litisconsórcio simples: *a)* litisconsórcio entre cônjuges (art. 73, §1º, CPC); *b)* na ação de usucapião de imóvel (art. 246, §3º, CPC); *c)* demarcação de terras (art. 574, CPC).

---

solução é repelida por Cândido Dinamarco. Segundo o autor, "demonstrados que sejam os pressupostos da procedência da demanda proposta pelo colegitimado, a sua resistência pouco ou nada lhe valerá e a demanda será acolhida afinal e ele terá de sujeitar-se a um resultado que não queria, que não pediu e que poderá ser-lhe danoso no plano econômico ou jurídico-substancial". (*Liticonsórcio*, cit., p. 231). A objeção não procede, porque prova demais: afinal, não é isso o que acontece (submissão a resultado indesejado e prejudicial) a todo aquele que sai derrotado do processo? Por que nesta hipótese deveria ser diferente? Não será por esse motivo que essa solução não poderá ser adotada.

12. Embora afirmasse, sob a vigência do Código anterior, a existência de um litisconsórcio necessário ativo, a solução de Marcus Vinícius Gonçalves merece ser destacada: "Citado, ele poderá tomar uma entre várias atitudes possíveis: a) poderá simplesmente omitir-se, deixando de comparecer aos autos e de apresentar qualquer manifestação. Apesar disso, está integrando a relação processual como parte (co-autor) e sofrerá os efeitos da sentença como se parte fosse. No entanto, ele nem se beneficiará das verbas de sucumbência, em caso de procedência do pedido, nem será prejudicado, na hipótese de improcedência. A sucumbência é regida pelo princípio da causalidade e deve ser atribuída a quem deu causa à propositura da ação. Como o litisconsorte necessário optou por não participar, a ele não podem ser carreados os proveitos e prejuízos da sucumbência; b) poderá decidir participar, como co-autor, em conjunto com os demais, caso em que lhe será dada a oportunidade de, querendo, aditar a inicial. Por isso que é preciso citá-lo antes dos réus. Se ele decidir atuar no processo, como co-autor passará a beneficiar-se ou responder pelas verbas de sucumbência, conforme o resultado seja ou não favorável a ele; c) poderá ainda comparecer a juízo, não para participar do processo na qualidade de co-autor, mas para impugnar a sua qualidade de litisconsorte necessário, ou ainda para manifestar o seu inconformismo com a propositura da ação ou com o acolhimento do pedido. No primeiro caso, caberá ao juiz analisar a impugnação e verificar se procede ou não. Se sim, o juiz determinará a sua exclusão, se não, o manterá no polo ativo. Se o litisconsorte apenas reclamar aduzindo que não desejava participar do processo, será mantido no polo ativo (pois o litisconsórcio é necessário, e sem ele o processo não pode prosseguir), mas ficará preservado das responsabilidades da verba de sucumbência. Observados esses critérios, ter-se-á garantido o direito de acesso à justiça dos demais autores, sem trazer prejuízos àquele que não queria participar da ação". (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 156).

2.4.4. Síntese das combinações possíveis entre os litisconsórcios unitário, simples, necessário e facultativo

Em resumo, podem-se estabelecer quatro regras mnemônicas:

a) litisconsórcio *necessário-unitário*: no polo passivo, como regra, embora não seja absurda a hipótese de um litisconsórcio unitário passivo facultativo (solidariedade passiva em obrigação indivisível, p. ex.);

b) litisconsórcio *necessário-simples*: quando a necessariedade se der por força de lei;

c) litisconsórcio *facultativo-unitário*, no polo ativo, quase que exclusivamente;

d) litisconsórcio *facultativo-simples*, que corresponde à generalidade das situações.

2.4.5. Litisconsórcio necessário ativo

Como regra quase sem exceção, não há litisconsórcio necessário ativo.[13]

O texto do CPC é claro (art. 115, par. ún., CPC), com grifo nosso: "*Nos casos de litisconsórcio passivo necessário*, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo".

E nem poderia ser diferente.

O fundamento dessa conclusão é apenas um: o direito fundamental de acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/1988). O direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem. Se houvesse litisconsórcio necessário ativo, seria possível imaginar a situação de um dos possíveis litisconsortes negar-se a demandar, impedindo o exercício do direito de ação do outro. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, que admitem a possibilidade de litisconsórcio necessário ativo, reconhecem que "... esta atitude potestativa não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação".[14] Essa circunstância,

13. Em sentido diverso, admitindo o litisconsórcio necessário ativo, com base no CPC-1973, além de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, citados ao longo da exposição: LAMBAUER, Mathias. *Do litisconsórcio necessário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 117 e segs; DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio*, cit., item 58, embora com uma visão muito restritiva do fenômeno; FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 78-81; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 155; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. 2, p. 385; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 203-204; MEDINA, José Miguel Garcia. "Litisconsórcio ativo necessário". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 88, p. 285 e segs.; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 153.

14. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 475. Com posicionamento bastante semelhante, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 107.

violação intolerável de direito fundamental, já deveria ser o suficiente para inumar a discussão. Sucede que há diversos autores que defendem a existência de casos de litisconsórcio necessário ativo – embora se trate de lições construídas a partir do CPC-1973, que não possuía enunciados normativos semelhantes aos atuais; se ao tempo do CPC-1973 tais conclusões não se justificavam, ainda mais sob a vigência do CPC atual. O exame da questão tem, por isso, de continuar.

A discussão sobre a obrigatoriedade do litisconsórcio ativo restringe-se aos casos de litisconsórcio unitário[15].

> É muito rara a previsão de um litisconsórcio necessário ativo *por força de lei*. A excepcionalidade justifica-se em razão de tudo o quanto foi dito neste item.
>
> Há, porém, uma exceção, que precisa ser apontada, até porque confirma a regra.
>
> A ação de responsabilidade civil contra administrador de uma sociedade anônima pode ser proposta por *acionistas que representem pelo menos cinco por cento do capital social*, caso a assembleia-geral deliberadamente decida por não promover a ação (art. 159, §4º, da Lei n. 6.404/1976). A regra faz, aqui, todo o sentido, como uma trava para o ajuizamento temerário de ações de responsabilidade civil, quando a própria assembleia-geral da companheira entendeu por bem não demandar. A restrição ao direito de demandar é, no caso, razoável e, por isso, constitucional: permitir que alguém com ínfima participação societária proponha essa demanda, quando a assembleia-geral tiver decidido expressamente em sentido diverso, é, isso sim, irrazoável. Trata-se de uma exigência para demonstrar que há o mínimo de representatividade e legitimidade para essa postulação.
>
> Embora considerando o litisconsórcio como necessário, o STJ entendeu que são irrelevantes as alterações de percentual ocorridas durante o processo; a exigência de litigância conjunta restringir-se-ia à data da propositura da ação (STJ, 3ª T., REsp n. 408.122, rel. para acórdão Mina. Nancy Andrighi, j. em 20.06.2006).
>
> Há outra regra que deriva dessa previsão: a possibilidade de acionistas que representam mais de cinco por cento do capital social

15. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery discutem o problema do litisconsórcio necessário ativo nos casos em que ele é unitário. Chega-se a essa conclusão a partir da leitura do seguinte excerto do seu trabalho: "Quando, pelo direito material, a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio deva ocorrer no polo ativo da relação processual..." Na mesma página, os autores classificam o litisconsórcio, de acordo com a sorte no plano do direito material, em unitário e simples. (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 475.) Também assim, Mathias Lambauer, *Do litisconsórcio necessário*, p. 117 e segs; DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio*, cit., p. 221; FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, *passim*.

ajuizarem ação de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado (art. 599, §2º, CPC). O raciocínio é em tudo semelhante.

Se unitário, o litisconsórcio deveria ser necessário, tendo em vista que, sendo una e indivisível a relação jurídica discutida em juízo, a solução que se der a ela teria de ser também única, a mesma para todos os litisconsortes ou os possíveis litisconsortes. No entanto, o litisconsórcio unitário relaciona-se aos casos de colegitimação, como visto; o Direito, por conta disso, autoriza, em diversas situações, que um sujeito esteja em juízo discutindo, em nome próprio, situação jurídica que ou não lhe diz respeito ou não lhe diz respeito somente – e que poderia estar sendo discutida por outro sujeito (colegitimado).

Quando há vários legitimados autônomos e concorrentes, há legitimação extraordinária, porque qualquer um pode levar ao Judiciário o mesmo problema, que ou pertence a um dos colegitimados, ou a ambos ou a um terceiro. Se a colegitimação é passiva, e há unitariedade, o litisconsórcio necessário impõe-se sem qualquer problema, ressalvada expressa autorização legal em sentido diverso: como ninguém pode recusar-se a ser réu, o litisconsórcio formar-se-á independentemente da vontade dos litisconsortes. Se a colegitimação é ativa, e há unitariedade, qualquer dos colegitimados, isoladamente, pode propor a demanda, mesmo contra a vontade de um possível litisconsorte unitário, que ficará submetido à coisa julgada, como é a regra em casos de legitimação extraordinária,[16] aceita por praticamente a totalidade da doutrina.

Em algumas situações, pode o Direito minimizar as consequências da facultatividade do litisconsórcio unitário, quer não estendendo os efeitos da coisa julgada ao colegitimado (art. 274 do Código Civil, por exemplo), quer exigindo o prévio consentimento do outro (como no caso das pessoas casadas, art. 73 do CPC e art. 1.647, II, do Código Civil), quer exigindo, de logo, a intimação de todos os sujeitos da relação jurídica (ação demarcatória proposta por condômino, art. 575 do CPC).

A solução da questão é mais difícil exatamente nas hipóteses sobre as quais o legislador silencia. É em torno dessas situações (os demais casos de litisconsórcio facultativo unitário ativo) que está focada a discussão sobre o litisconsórcio necessário ativo.

16. A favor da extensão da coisa julgada ao colegitimado, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294; *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 143-145; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 229. Em sentido diverso, não admitindo a extensão da coisa julgada ao litisconsorte estranho ao processo e para quem é possível a existência de tantas coisas julgadas quantos sejam os possíveis litisconsortes, devendo prevalecer a mais recente, TALAMINI, Eduardo. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 210-211; GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ações concorrentes – Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato". *In* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 238-243; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001; SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 96 e segs.

É indiscutível, portanto, que a existência de litisconsórcio facultativo unitário ativo pode causar perplexidades, pois um terceiro ficaria submetido à coisa julgada, sem ter participado do processo. Mas esse problema é típico do litisconsórcio facultativo unitário (ativo ou passivo) e da legitimação extraordinária, institutos que indiscutivelmente existem no direito brasileiro.

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery trazem solução que merece ser examinada. Os autores, conforme mencionado, admitem a possibilidade de litisconsórcio necessário ativo, mas dizem que um dos litisconsortes pode demandar sozinho, "incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no polo passivo da demanda, como réu, pois existe lide entre eles, porquanto esse citado está resistindo à pretensão do autor, embora por fundamento diverso da resistência do réu".[17] Prosseguem os autores:

> "Citado, aquele que deveria ter sido litisconsorte necessário ativo passa a integrar de maneira forçada a relação processual. Já integrado no processo, esse réu pode manifestar sua vontade de: a) continuar no polo passivo, resistindo à pretensão do autor; b) integrar o polo ativo, formando o litisconsórcio necessário ativo reclamado pelo autor. (...) O que importa para que se cumpra a lei e se atenda aos preceitos do sistema jurídico brasileiro é que os litisconsortes necessários – isto é, todos os partícipes da relação jurídica material discutida em juízo – integrem a relação processual, seja em que polo for".[18]

Arrematam os mesmos autores: "Na verdade, não existe o problema do litisconsórcio necessário ativo não-íntegro. O autor, que deveria agir na companhia de um litisconsorte necessário, pode agir sozinho, desde que mova a ação também contra aquele que deveria ser seu litisconsorte necessário ativo".[19]

A solução apresentada pelos professores é interessante, mas não está imune a críticas.

a) Em homenagem à coerência, a solução aplicar-se-ia a qualquer caso de litisconsórcio unitário, em que há pluralidade de sujeitos na relação jurídica de direito material, pouco importa se no polo ativo ou passivo (inclusive na ação reivindicatória ajuizada por apenas um condômino, com base no art. 1.314 do Código Civil).[20]

---

17. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 475. José Roberto dos Santos Bedaque traz solução semelhante: "Existe a alternativa de incluir o colegitimado ativo no polo passivo do processo. Essa solução é factível, bastando que o autor, ao descrever a causa de pedir, impute a ele comportamento contrário à realização espontânea do direito". (*Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 155.)
18. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed., cit., p. 475.
19. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed., cit., p. 476.
20. Mathias Lambauer, fervoroso defensor do litisconsórcio necessário ativo, formula a sua sugestão, bem parecida com aquela formulada por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, e que tem as mesmas deficiências: "'Adicitado' ou 'adcitados' os condôminos ou comunheiros, ou, ainda, os potenciais litisconsortes de um modo geral, na conformidade do parágrafo único do art. 47 do CPC em vigor, não estão estes obrigados a integrar, no sentido de participarem da demanda, mas a coisa julgada da sentença a ser proferida no processo os atinge irremediavelmente. Se, eventualmente, discordantes da ação proposta, nada impede integrarem a demanda em polo processual oposto e deduzirem os seus interesses contrários à ação ajuizada, formando litisconsórcio

b) Não se explica se o autor, nesses casos, formula dois pedidos, um contra o réu originário e outro contra o litisconsorte renitente, bem como se isso, à luz do *caput* do art. 327 do CPC, seria possível, pois, de acordo com essa regra, os pedidos cumulados devem ser formulados em relação a todos os réus, ressalvada a hipótese de litisconsórcio eventual passivo (art. 326 do CPC).

c) É no mínimo estranho que um sujeito, uma vez demandado, possa, se quiser, tornar-se litisconsorte do autor que lhe dirigiu a demanda – na denunciação da lide promovida pelo autor, o denunciado é, a um só tempo, réu e litisconsorte ativo (art. 127 do CPC), não podendo optar por não ser réu. A situação revela que nenhum pedido lhe foi dirigido, pois ninguém pode, por vontade própria, deixar de ser réu. E, se nenhum pedido lhe foi formulado, não se pode dizer que o litisconsorte recalcitrante é demandado/réu.

d) O próprio CPC prevê a possibilidade de um credor solidário de obrigação indivisível (unitariedade) demandar isoladamente toda a dívida, podendo aqueles credores que não participaram do processo receber a sua parte, deduzidas as despesas na proporção do seu crédito (art. 328 do CPC).

e) Por fim, se, como os autores dizem, o litisconsorte recalcitrante será citado como *réu*,[21] circunstância frisada em diversos momentos, litisconsórcio ativo não há no processo, que se estrutura subjetivamente da seguinte forma: A contra B (réu originário) e C (litisconsorte renitente). Pelo que se vê, forma-se um litisconsórcio passivo, e não ativo.[22]

Outro posicionamento sobre o litisconsórcio necessário ativo é o de Cândido Dinamarco.

Cândido Dinamarco, embora repute excepcional o litisconsórcio necessário ativo, afirma que, quando não houver expressa autorização legal para a atuação

ao lado do réu. Podem assistir à parte contrária, defendendo a renovação do contrato de locação, em vez da retomada. A validade do ato assemblear ao lado do órgão representativo em vez de sua nulidade com autores". (*Do litisconsórcio necessário*, cit., p. 121-122). A referência é ao art. 47 do CPC-1973, que corresponde, com redação revista, ao art. 115 do CPC atual. Muito semelhante, também, a solução de FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 78-81.

21. Homero Freire chega a dizer que, omisso o litisconsorte renitente, será considerado revel (*Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 81).

22. Há excertos do trabalho desses autores que revelam essa circunstância claramente: a) "Estando no processo, o potencial litisconsorte necessário ativo, que não quis promover a ação em conjunto com o autor, é inexoravelmente réu e, nessa condição, pode continuar se opondo à pretensão do autor, justificando a lide que o tornou réu, agindo, por exemplo, de forma a ajudar o réu contra o autor" (p. 475); b) mais à frente, os autores dizem ser indiferente saber em que polo estará o litisconsorte renitente, pois o que importa é que ele esteja no processo (p. 477). Mais coerente, Alexandre Câmara, embora não se concorde com a solução final: "Parece-nos, assim, que inexiste litisconsórcio necessário ativo. Nos casos em que a natureza da relação jurídica impõe a presença de todos os seus sujeitos no processo, esta presença pode se dar em qualquer dos lados da relação processual. Assim sendo, aqueles que não quiserem propor a ação deverão ser incluídos no polo passivo da demanda". (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 169.)

isolada de um dos sujeitos da relação jurídica discutida, caberá ao magistrado, caso a caso, verificar se o resultado que se espera do processo exige, ou não, a manifestação de vontade de todos os beneficiários.[23] Dá como exemplos de litisconsórcio necessário ativo, a ação redibitória ou *quanti minoris* e a ação rescisória,[24] que deveriam ser propostas necessariamente por todos os compradores do bem viciado[25] ou litigantes vencidos, respectivamente.[26]

Cândido Dinamarco não resolve o problema: transfere ao magistrado a tarefa de identificar a exigência do litisconsórcio diante do silêncio da lei. Não há distinção essencial entre as situações dos condôminos, na ação reivindicatória, e dos compradores, nas ações edilícias: há legitimação concorrente em ambos os casos, não se justificando que um comprador fique à mercê do outro comprador, que não quer promover a demanda. A solução do problema não é casuística: ou não se admite a facultatividade do litisconsórcio quando demandada relação jurídica plurissubjetiva, e com isso se ofende irremediavelmente o direito fundamental de ação, ou se veda a legitimação conjunta ativa (litisconsórcio necessário ativo), reconhecendo que conferir legitimação concorrente e exclusiva é criar hipótese de legitimação extraordinária. Opta-se por preservar o direito fundamental de ação.

Ainda há o pensamento de Homero Freire.

Homero Freire propõe uma redefinição do conceito de litisconsórcio necessário: a necessariedade do litisconsórcio exige que todos os sujeitos da relação jurídica discutida tenham sido cientificados da pendência do processo, e não que estejam neste ou naquele polo da relação processual. Não se impede a propositura isolada da demanda, mas exige-se a comunicação, para transformarem-se em litisconsortes, de todos os sujeitos da relação jurídica objeto do processo[27].

A solução é inviável no plano lógico, que não pode ser ignorado: se é possível um só propor é porque não é necessário que mais de um proponha; e se não é necessário que mais de um proponha a ação, então litisconsórcio necessário ativo não há.

---

23. Em situação semelhante, o STJ dispensou o litisconsórcio necessário: "Qualquer dos colaboradores da obra indivisível tem autonomia para defender seus direitos, ainda que visando à resilição do contrato de edição, sendo dispensável, portanto, a formação de litisconsórcio necessário ativo". (STJ, 4ª. T., REsp n. 88.079, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.11.1997, DJ de 15.12.1997.)
24. STJ, 5ª T., REsp n. 109.023, rel. Min. Edson Vidigal, j. 03.12.1998, DJ de 17.02.1999, p. 158: "Não há litisconsórcio ativo necessário na ação rescisória".
25. *Litisconsórcio*, cit., p. 233-234.
26. Em certo caso, ainda sob a vigência do CPC-1973, o STJ entendeu que haveria litisconsórcio necessário ativo entre a União e Município, em ação ajuizada pelo Município objetivando reparar eventual irregularidade verificada em procedimento licitatório em que houve demonstração do potencial risco de malversação de verbas oriundas da Administração Federal. Essa necessariedade teria por base preservação do patrimônio comum e de defesa da legalidade e transparência dos atos praticados pela Administração (STJ, 1ª T. REsp n. 716.986/PR, Rel. Min. José Delgado, j. em 02.06.2005, publicado no DJ de 27.06.2005, p. 276).
27. FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 80-81.

Toda essa discussão tem, porém, um grande mérito: revela a importância de se compreender como imprescindível a intimação do possível litisconsorte unitário ativo pelo órgão jurisdicional, nos termos expostos acima.

> O art. 114, § 2º, CF/1988, acrescentado pela EC n. 45/2004, dá a entender que um dissídio coletivo trabalhista somente poderia ser ajuizado com o consentimento de ambas as partes: "Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito..." O dispositivo é flagrantemente inconstitucional, pois exige a postulação conjunta de litigantes, o que impede que um dos dois, se outro não quiser, vá a juízo. Há ADI's que foram ajuizadas, cujo objeto é discutir a inconstitucionalidade desse parágrafo, sob o fundamento de violação ao direito fundamental de ação (inciso XXXV do art. 5º da CF/88): 3520, 3432-4, 3431-6, 3423-5, 3392-1.
>
> Ainda sobre o tema, é interessante mencionar o n. 406 da súmula da jurisprudência predominante do TST (Tribunal Superior do Trabalho), que cuida do litisconsórcio em ação rescisória: "I – O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao polo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução díspar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao polo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência, e não pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para retomar a lide".

Nada obstante isso, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 1.222.822, j, em 23.09.2014, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, decidiu pela existência de litisconsórcio necessário ativo, entre os mutuários (casados entre si), na ação de revisão de contrato de financiamento imobiliário. No caso, apenas o esposo foi a juízo, sem a participação da esposa – o processo foi extinto sem exame do mérito. Veja a situação: porque a esposa não foi a juízo, o sujeito fica impedido de discutir um contrato que lhe está sendo prejudicial. A situação é, como se viu acima, absurda.

2.4.6. Natureza da sentença proferida contra litisconsorte necessário não citado

O art. 115 do CPC cuida da natureza da sentença de mérito proferida sem a citação de litisconsorte necessário. O dispositivo distingue duas situações: *a)* falta de citação de litisconsorte necessário unitário; *b)* falta de citação de litisconsorte necessário simples.

a) Se houver litisconsórcio necessário unitário passivo, a falta de citação de qualquer dos réus torna a sentença de mérito, que é ineficaz em relação a qualquer

deles, passível de invalidação a qualquer tempo, por provocação, também, de qualquer deles (art. 115, I, CPC).

b) Se o caso é de litisconsórcio necessário simples, a sentença é válida e eficaz em relação àqueles que participaram do feito, e ineficaz em relação àquele que não foi citado (art. 115, II, CPC),[28] isso "porque a sentença, no caso, tem um conteúdo específico em relação a ele e somente em relação a ele".[29]

Embora o CPC fale apenas em ineficácia da sentença proferida contra litisconsórcio necessário simples não citado, há, aí, também nulidade, e não apenas ineficácia: a decisão é defeituosa e pode, por isso, ser desfeita. De todo modo, somente o litisconsorte preterido teria legitimação para pretender o reconhecimento da ineficácia ou a decretação da nulidade da sentença[30].

2.4.7. Litisconsórcio necessário e negócio jurídico processual

O litisconsórcio será necessário quando for unitário ou quando a lei previr expressamente. Essa linha foi seguida no CPC, art. 115, conforme examinado.

Suscito, aqui, uma questão.

O art. 190 do CPC consagra a atipicidade dos negócios jurídicos processuais. Negócios processuais podem ser celebrados antes da instauração do processo.

Imagine que, na elaboração de um contrato firmado por mais de duas pessoas, os contratantes decidam que a propositura de demanda relativa àquele contrato (anulação, nulidade, revisão, execução, resolução ou interpretação do contrato, por exemplo) deva ser dirigida contra todos os demais contratantes, a despeito da existência de unitariedade.

Em negócios plurilaterais, forma-se uma rede de relações jurídicas. Há casos em que se pretende a anulação ou revisão de apenas uma ou algumas das cláusulas do negócio, que afetam um ou alguns dos negociantes, não todos; mesmo assim, por força de outra cláusula negocial (a cláusula processual a que nos referimos), todos os negociantes, não apenas os afetados, deverão ser litisconsortes no processo judicial respectivo.

Pode-se, por exemplo, também, negociar que a demanda seja proposta contra o contratante *e* o "interveniente-anuente". Pense-se, ainda em uma cláusula que

28. Redação inspirada, certamente, em MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 233). Nesse sentido, ainda, GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Eficácia ultra-subjetiva da sentença, litisconsórcio necessário e princípio do contraditório". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 84, p. 267; DINAMARCO, Cândido: *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 2, p. 504.

29. JOBIM, Nelson. "A sentença e a preterição de litisconsorte necessário". *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1983, n. 28, p. 41.

30. JOBIM, Nelson. "A sentença e a preterição de litisconsorte necessário", cit., p. 42.

imponha, num contrato plurilateral, a citação de todos os demais contratantes, mesmo que o pedido não lhes diga respeito diretamente – p. ex.: pede-se a invalidação de uma cláusula do negócio que apenas diz respeito ao contratante "A", mas, pela convenção processual, o contratante "C" também teria de ser demandado. A hipótese é útil e corriqueira, sobretudo quando se elaboram instrumentos aptos a regrar as inúmeras relações jurídicas entre diversos sujeitos – p. ex.: acordo de quotistas ou acordo de família, que disciplina a gestão e a sucessão do patrimônio familiar.

Teríamos, nesses casos, um litisconsórcio necessário por força do negócio jurídico processual. Trata-se de negócio processual lícito, fonte de litisconsórcio necessário. Muito a propósito, neste ponto, o art. 28, 1, do Código de Processo Civil português, que expressamente prevê a possibilidade de litisconsórcio necessário por decorrência de um negócio jurídico.

Ainda há que se pensar, embora o tema exija maior reflexão, se não seria possível um *litisconsórcio necessário ativo de origem negocial*. Como a limitação ao direito de demandar teria origem negocial (voluntária, portanto), a hipótese não é absurda nem aparentemente ilícita.

A amplitude do art. 190 do CPC exige que se repense também o litisconsórcio necessário. O art. 115 do CPC deve ser interpretado conjuntamente com a cláusula geral de negociação processual.

2.4.8. Litisconsórcio facultativo unitário e coisa julgada

Já dissemos que há uma relação muito próxima entre colegitimação e litisconsórcio unitário.

Quando há vários legitimados autônomos e concorrentes, há legitimação extraordinária, porque qualquer um pode levar ao Judiciário o mesmo problema, que ou pertence a um dos colegitimados, ou a ambos, ou a um terceiro. Se a colegitimação é passiva, e há unitariedade, o litisconsórcio necessário impõe-se sem qualquer problema: como ninguém pode recusar-se a ser réu, o litisconsórcio formar-se-á independentemente da vontade dos litisconsortes. Se a colegitimação é ativa, e há unitariedade, qualquer dos colegitimados, isoladamente, pode propor a demanda, mesmo contra a vontade de um possível litisconsorte unitário.

Questão das mais tormentosas sobre o litisconsórcio é a extensão subjetiva da coisa julgada aos titulares do direito litigioso que não propuseram a demanda. A extensão da coisa julgada àquele que poderia ter sido litisconsorte unitário, mas não o foi é uma das grandes polêmicas do processo civil, até hoje sem uma solução imune a sérios questionamentos.

Há três correntes.

a) Como os casos de litisconsórcio facultativo unitário são, rigorosamente, casos de *legitimação* extraordinária, pois alguém está autorizado a, em nome próprio, levar a juízo uma situação jurídica que não lhe pertence (no caso de litisconsórcio unitário formado pelo titular do direito e por um terceiro) ou que não lhe pertence exclusivamente (no caso de litisconsórcio unitário formado por cotitulares do direito, como os condôminos), a coisa julgada estenderá os seus efeitos aos demais colegitimados, titulares do direito ou outros legitimados extraordinários, pois a relação jurídica já recebeu a solução do Poder Judiciário, solução que deve ser única. Seria hipótese de extensão *ultra partes* dos efeitos da coisa julgada, mitigando a regra do art. 506 do CPC.

Esse é o entendimento que adotamos, seguindo a linha de, entre outros, Barbosa Moreira[31] e Ada Pellegrini Grinover[32].

b) Uma segunda corrente prega a extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*. Assim, a coisa julgada somente se estenderia aos demais titulares do direito se fosse para beneficiar – a doutrina costuma dizer que somente se estende em caso de procedência do pedido[33]. O art. 506 do CPC autoriza a extensão da coisa julgada a terceiro, desde que favorável.

Essa é a posição menos aceita, até pelo fato de o outro titular poder não querer o resultado alcançado por aquele que demandou. Por exemplo: um sócio logrou anular uma decisão da Assembleia; talvez o outro sócio quisesse, ao contrário, mantê-la ainda em vigor.

c) Há uma terceira corrente, que obteve a adesão de Eduardo Talamini[34]: em nenhuma hipótese haverá a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada, que

---

31. Ver o estudo fundamental, a despeito de ter sido escrito sob a vigência do CPC-1939: MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". *In Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294.
32. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Coisa julgada e terceiros". *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, 2006, n. 12, p. 7-11. Com esse artigo, a autora reviu, expressamente, seu posicionamento anterior contrário à extensão da coisa julgada ao terceiro que não participou do processo, exposto em GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações concorrentes – Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato*. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença,* cit., p. 238-243.
33. Lembrada por Liebman, *Ações concorrentes...*, cit., p. 239. Liebman segue esse posicionamento, embora afirme não se tratar de extensão *secundum eventum litis* dos efeitos da coisa julgada, mas sim de diversidade dos efeitos da sentença (*Ações concorrentes...*, cit., p. 228). Também adota esse posicionamento, GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.
34. TALAMINI, Eduardo. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 222-225. Para o autor, alguns critérios devem ser observados para que haja essa extensão: "(i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído...; (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, deveria ter) ciência do processo em que ocorria substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja, (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente" (cit., p. 223-224). Também assim, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1992, p. 302.

somente opera *inter partes*. Convém frisar que o posicionamento de Talamini foi construído com base no CPC-1973, que não permitia expressamente a extensão da coisa julgada favorável a terceiro, como o faz o CPC atual.

3. REGIME DE TRATAMENTO DOS LITISCONSORTES

A circunstância de o litisconsórcio ser *unitário* ou *simples* definirá o modo como eles se relacionam reciprocamente.

Sobre a influência que a conduta de um litisconsorte pode ter em relação ao outro, três são as regras básicas que devem ser seguidas. As diferenças de tratamento se justificam pelos regimes do litisconsórcio, se unitário ou simples.

Se o litisconsórcio é unitário, o tratamento dos litisconsortes deve ser uniforme, pois a decisão haverá de ser a mesma para todos; se o litisconsórcio é simples, os litisconsortes são tratados como partes distintas, sendo que os atos de um não beneficiam nem prejudicam o outro (art. 117 do CPC).

Antes de explicar as três regras, é necessário que se estabeleça a distinção entre condutas *determinantes* e condutas *alternativas*.

Considera-se *determinante* a conduta da parte que a leva a uma situação desfavorável; é, por isso, potencialmente lesiva; são exemplos: a confissão, a revelia, o reconhecimento da procedência do pedido, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a demanda etc. A conduta *alternativa* é aquela que pela qual a parte busca uma melhora da sua situação processual – é alternativa porque esse resultado almejado não ocorrerá necessariamente, mas é o que se busca. São exemplos: recorrer, contestar, alegar, produzir prova etc.[35]

Feita a diferenciação, ei-las as regras.

1) A conduta determinante de um litisconsorte não pode prejudicar o outro, qualquer que seja o regime de litisconsórcio. No litisconsórcio unitário, a conduta

35. Barbosa Moreira confere outro sentido às locuções comportamento determinante e comportamento alternativo. Para o autor os comportamentos determinantes são aqueles a que a lei confere influência decisiva no desfecho do pedido – que pode ser um ato ou omissão. Ex.: revelia, omissão de recorrer, desistência da ação. A cada comportamento determinante corresponde um comportamento alternativo. Os comportamentos alternativos são aqueles que não têm a característica de predeterminar, nem mesmo parcialmente, o conteúdo da regra jurídica concreta cuja formulação se visa. Ex.: contestar, recorrer, prosseguimento do processo (não desistência). (*Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 161-162.) O autor critica a doutrina que tenta distinguir comportamentos favoráveis e desfavoráveis dos litisconsortes, para dizer que só aqueles primeiros se estendem, por ser o mais justo. Primeiro porque "nem sempre é fácil caracterizar como 'favorável' ou 'desfavorável' o comportamento determinante. Num mesmo comportamento determinante pode coexistir aspectos 'favoráveis' e aspectos 'desfavoráveis' a quem o adote: basta lembrar o caso da transação". Segundo porque o objetivo da lei "não é o de proteger os litisconsortes omissos, permitindo-lhes auferir proveito da atuação dos comparecentes e contudo imunizando-os às desvantagens dessa mesma atuação (...) A *ratio legis* consiste unicamente – é sempre oportuno repetir – na necessidade de assegurar a solução homogênea do litígio". (*Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 174-175.)

determinante somente será eficaz se todos os litisconsortes consentirem. No litisconsórcio simples, a conduta determinante é eficaz para o litisconsorte que a praticou.

2) No litisconsórcio simples, a conduta alternativa de um litisconsorte não aproveita aos demais – art. 117, CPC. Cumpre apontar duas situações excepcionais, que merecem análise separada.

De acordo com o princípio da aquisição processual ou da comunhão, a prova uma vez produzida passa a pertencer ao processo, independentemente do sujeito que a produziu (art. 371, CPC). Assim, a prova produzida por um litisconsorte simples pode ser aproveitada pelo outro, se houver fato que se queira provar comum a ambos.

Prevê o art. 345, I, do CPC, que a contestação apresentada por um litisconsorte elide as consequências da revelia do outro litisconsorte. Essa regra, que se refere a uma conduta alternativa (apresentar contestação), aplica-se sem ressalvas ao litisconsórcio unitário. Em relação ao litisconsórcio simples, é possível que a contestação de um beneficie o litisconsorte revel, se houver fato comum a ambos que tenha sido objeto da impugnação daquele que contestou. Ora, se o fato foi contestado por um, e esse fato também diz respeito àquele que foi revel, não poderia o magistrado considerar o fato como existente para um, em razão da presunção de veracidade decorrente da revelia (art. 344 do CPC), e não existente para o outro, que apresentou defesa.

3) No litisconsórcio unitário, em razão da necessidade de tratamento uniforme, a conduta alternativa de um litisconsorte estende os seus efeitos aos demais (art. 117, CPC). Exemplo disso é a regra do *caput* do art. 1.005 do CPC, que amplia a eficácia subjetiva do recurso interposto por um litisconsorte para beneficiar os outros, se o caso for de litisconsórcio unitário.[36] Convém lembrar, porém, que, por opção legislativa, o recurso interposto por um devedor solidário estende os seus efeitos aos demais (art. 1.005, par. ún., CPC), mesmo não sendo unitário o litisconsórcio[37] – pois a solidariedade pode implicar litisconsórcio unitário ou simples, a depender da divisibilidade ou não do bem jurídico envolvido (arts. 257-263 do Código Civil).

36. "Ao litisconsórcio unitário, e somente a ele, deve aplicar-se o disposto no art. 509, *caput*, porque a extensão dos efeitos do recurso aos co-litigantes omissos não tem senão uma razão de ser, que é precisamente a de impedir a quebra da uniformidade na disciplina da situação litigiosa". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 381). O art. 509 do CPC-1973 corresponde ao art. 1.005 do CPC atual Também nesse sentido: STJ, 6ª T.,AgRg no REsp 770.326/BA, Rel. Min. Celso Limongi, (Desembargador convocado do TJ/SP), j. em 02.09.2010, publicado no DJe de 27.09.2010. No entanto, em casos excepcionais, mas sem maior fundamentação, o STJ tem permitido a aplicação do art. 509 mesmo em casos de litisconsórcio facultativo simples: STJ, 2ª T., REsp n. 292.596/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, j. em 25.11.2003, publicado no DJ de 10.05.2007, p. 362.

37. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 382-383.

4. MODALIDADES ESPECIAIS DE LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

4.1. Litisconsórcio sucessivo

Há a possibilidade de *cumulação sucessiva* de pedidos, de modo que o segundo pedido somente possa ser acolhido se o primeiro também o for – trata-se de um dos casos de cumulação própria de pedidos, a ser examinado no capítulo sobre a petição inicial.

A cumulação sucessiva de pedidos pode dar origem a um litisconsórcio em que cada litisconsorte formule um pedido, mas o pedido de um somente possa ser acolhido se o pedido do outro o for. Este é um exemplo de litisconsórcio facultativo surgido em razão de uma cumulação de pedidos formulados por partes distintas, em que o pedido de uma delas depende do acolhimento do pedido da outra[38].

É o caso, por exemplo, do litisconsórcio entre mãe e filho, no qual o segundo pleiteia a investigação de paternidade e a primeira, o ressarcimento pelas despesas do parto. Ambos os pedidos podem ser acolhidos – por isso o caso é de cumulação própria de pedidos Mas o pedido da mãe somente pode ser acolhido se o pedido do filho o for[39].

Outro exemplo. Vendedor cede seu crédito em uma compra e venda a um terceiro. O terceiro cessionário cria obstáculos ao recebimento do preço. O comprador entra, então, com consignação em pagamento em relação ao cessionário e adjudicação compulsória em relação ao vendedor: a adjudicação somente poderá ser concedida se a consignação for procedente[40].

Neste caso, há um litisconsórcio sucessivo passivo, que pode sofrer o óbice da literalidade do art. 327 do CPC, que permite a cumulação de pedidos *contra o mesmo réu*, o que não é o caso. Mas a prejudicialidade entre os pedidos, que impõe a conexão entre eles, autoriza a que sejam cumulados; é que, formulados em demandas autônomas, haveria conexão, de todo jeito, a impor a reunião dos processos (art. 55, §1º, do CPC).

4.2. Litisconsórcio eventual

Há a possibilidade de *cumulação eventual* de pedidos, de modo que o segundo pedido somente possa ser examinado se o primeiro não for acolhido (art. 326,

38. Sobre o tema, mais recentemente, SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 202 e segs.
39. Sobre o assunto, ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, cit., p. 169.
40. MAZZEI, Rodrigo. "Litisconsórcio sucessivo: breves considerações". *Processo e direito material*. Rodrigo Mazzei e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 233.

caput, CPC) – trata-se de um dos casos de cumulação *imprópria* de pedidos, a ser examinado no capítulo sobre a petição inicial e o pedido.

Da cumulação eventual de pedidos pode surgir um litisconsórcio facultativo. É possível cogitar a formulação de uma cumulação de pedidos, em que cada pedido seja dirigido a uma pessoa, mas o segundo pedido somente possa ser examinado se o primeiro não puder ser atendido. Também aqui pode ser suscitado o óbice da literalidade do art. 327 do CPC, que permite a cumulação de pedidos *contra o mesmo réu*, o que não é o caso. Mas a clara conexão entre os pedidos autoriza a que sejam cumulados; é que, formulados em demandas autônomas, haveria conexão, de todo jeito, a impor a reunião dos processos (art. 55, §1º, do CPC)[41].

> A propósito, art. 31º-B, Código de Processo Civil português: É admitida a dedução subsidiária do mesmo pedido, ou a dedução de pedido subsidiário, por autor ou contra réu diverso do que demanda ou é demandado a título principal, no caso de dúvida fundamentada sobre o sujeito da relação controvertida.

Um bom exemplo de litisconsórcio eventual é o da denunciação da lide formulada pelo autor (art. 127, CPC). O autor propõe demanda contra o réu e, para a hipótese de vir a ser derrotado, denuncia a lide (nova demanda) a uma terceira pessoa. Há dois pedidos, mas a denunciação somente será examinada se o primeiro pedido não for acolhido. Réu e denunciado formam um litisconsórcio passivo. O curioso é que, no particular, haverá litisconsórcio sem consórcio, pois os litisconsortes serão adversários[42].

Trata-se de fenômeno que normalmente ocorre no polo passivo da demanda.[43-44] É muito importante no tratamento processual da desconsideração da personalidade jurídica, conforme será visto no capítulo sobre as intervenções de terceiro.[45]

---

41. SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 173.
42. DINAMARCO, Candido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 397-398.
43. *Cumulação de ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 168.
44. Miguel Teixeira de Sousa traz exemplo de litisconsórcio eventual ativo: duas sociedades empresárias, pertencentes ao mesmo grupo, estão em dúvida sobre quem é a credora; ambas propõem a ação de cobrança, sendo que uma formulando o pedido prioritário e a outra, o subsidiário. (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 166-167). Aceitou esse exemplo, também, SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 166.
45. Ver, também, Genacéia da Silva Alberton ("A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 7, p. 25-26.) e Flávia Lefèvre Guimarães (*Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor – Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 147); DIDIER Jr., Fredie. "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Rodrigo Mazzei e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007. Percebeu o ponto Ronnie Preuss Duarte, ao defender a aplicação do litisconsórcio subsidiário em casos de responsabilidade subsidiária: "Em casos tais, o afastamento de possibilidade do litisconsórcio subsidiário implica a necessidade do prévio exaurimento da instância contra o devedor principal para que, só então, admita-se o direcionamento da demanda contra o subsidiariamente obrigado" (DUARTE, Ronnie Preuss. "Litisconsórcios alternativo e subsidiário no processo civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 147, p. 39-40).

4.3. Litisconsórcio alternativo

Há a possibilidade de *cumulação alternativa* de pedidos, de modo que se formulem vários pedidos para que apenas um deles, qualquer deles, seja acolhido (art. 326, par. ún., CPC). O autor não expressa qualquer preferência entre os pedidos formulados – trata-se de um dos casos de cumulação *imprópria* de pedidos, a ser examinado no capítulo sobre a petição inicial e o pedido.

Da cumulação alternativa de pedidos pode surgir um litisconsórcio facultativo. É possível cogitar a formulação de uma cumulação de pedidos, em que cada pedido seja dirigido a uma pessoa, mas somente um deles possa ser atendido. Também aqui pode ser suscitado o óbice da literalidade do art. 327 do CPC, que permite a cumulação de pedidos *contra o mesmo réu*, o que não é o caso. Mas a clara conexão entre os pedidos autoriza a que sejam cumulados; é que, formulados em demandas autônomas, haveria conexão, de todo jeito, a impor a reunião dos processos (art. 55, §1º, CPC).

Um bom exemplo costuma acontecer na consignação em pagamento: na dúvida, pode o autor dirigir-se a duas pessoas, por não saber a qual das duas se acha juridicamente ligado (art. 547, CPC), requerendo o devedor o depósito e a citação dos que disputam o crédito. Ao julgar a controvérsia entre os dois réus, decidirá o juiz qual deles era o legitimado perante o autor.[46] O litisconsórcio alternativo é facultativo simples.

5. LITISCONSÓRCIO POR COMUNHÃO, POR CONEXÃO OU POR AFINIDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO IMPRÓPRIO. LITISCONSÓRCIO RECUSÁVEL. LITISCONSÓRCIO MULTITUDINÁRIO

O litisconsórcio pode formar-se em três situações, cada uma delas revelando um grau de vínculo entre os litisconsortes.

O litisconsórcio pode formar-se: a) por comunhão de interesses (art. 113, I, CPC); b) por conexão de interesses (art. 113, II, CPC); c) por afinidade de interesses (art. 113, III, CPC). "Entre eles há, como facilmente se nota, uma escalada de intensidade do vínculo que une os litisconsortes, desde um vínculo fortíssimo, representado pela comunhão, até um muito tênue, a mera afinidade de questões".[47]

São exemplos de litisconsórcio por *comunhão*: o litisconsórcio formado pelos condôminos para a proteção do condomínio e o litisconsórcio formado em razão de uma obrigação solidária. O litisconsórcio entre denunciante e denunciado à lide e o litisconsórcio facultativo sucessivo entre mãe e filho (examinado em item anterior) são exemplos de litisconsórcio por *conexão*. O litisconsórcio que se forma pelos

46. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 393.
47. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, v. I, p. 172.

> indivíduos titulares de direitos individuais homogêneos (situações repetitivas) é exemplo de litisconsórcio por *afinidade*.

Denomina-se "impróprio" o litisconsórcio por afinidade, "porque fundado numa conexidade imprópria"[48] – "quando a decisão das causas depender, total ou parcialmente, da resolução de questões idênticas".[49] Trata-se de litisconsórcio que jamais pode ser unitário,[50] sendo sempre facultativo e simples.

Explica-o Dinamarco:

> "Exatamente porque tênue o laço entre as demandas (mera afinidade, menos que a conexidade), o litisconsórcio impróprio constitui um dos 'dois tipos extremos' da litisconsorcialidade, em oposição ao litisconsórcio necessário, que é o mais sólido. Recebe legitimação no sistema quase só pela economia processual que é apto a propiciar, porque menos sensível será o conflito entre julgados sobre causas apenas afins (não conexas)".[51]

Sob o regime do CPC-1939 (art. 88), o litisconsórcio facultativo impróprio ativo poderia ser recusado pelo réu, que não precisava indicar as razões de sua recusa – nesses casos, o litisconsórcio somente se formava se houvesse acordo da parte autora com a parte ré.[52] O litisconsórcio por comunhão ou conexidade era irrecusável.

> A terminologia, porém, não era utilizada da mesma forma. Havia quem considerasse que o litisconsórcio impróprio era o por conexidade, ao passo que o litisconsórcio por afinidade era que deveria ser chamado de litisconsórcio próprio. Ou seja, invertia-se a terminologia. Explica-se: como no litisconsórcio por conexidade a sua formação, que era facultativa, não dependia da concordância do réu, que não poderia recusá-lo, não se poderia dizer que ele seria propriamente facultativo, pois o réu não tinha escolha; no caso do litisconsórcio por afinidade, a sua formação dependeria do concurso da vontade dos autores e do réu, daí porque seria possível considerá-lo propriamente facultativo.[53] Embora mais coerente e lógica, não teve a mesma adesão doutrinária que a primeira utilização da terminologia, que ficou consagrada (certamente pela influência da processualística italiana no Brasil).

Essa possibilidade de recusa imotivada do litisconsórcio ativo não foi repetida pelo CPC-1973.

---

48. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 91.
49. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. I, p. 109.
50. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 194.
51. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 91.
52. Machado Guimarães considerava a hipótese de litisconsórcio por afinidade, no CPC-39, "pouco menos do que inútil", tendo em vista a "difícil anuência da parte contrária". ("As três figuras do litisconsórcio". *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 202).
53. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*, cit., p. 194.

Sucede que, em 1994, acrescentou-se um parágrafo único ao art. 46 do CPC-1973, em que se previa a possibilidade de recusa do litisconsórcio ativo, se, por ser multitudinário (por envolver uma multidão), comprometesse o exercício do direito de defesa ou a rápida solução do litígio.

O CPC atual manteve a regra, disciplinando-a nos §§ 1º e 2º do art. 113 do CPC.

O desmembramento do litisconsórcio multitudinário ativo pode ocorrer no processo de conhecimento, na fase de liquidação de sentença, no cumprimento de sentença ou na execução. Ele deve fundamentar-se no comprometimento à rápida solução do litígio, na dificuldade de defesa ou na dificuldade para realizar o cumprimento da sentença (art. 113, §1º, CPC).

> É preciso compatibilizar a regra com o inciso VI do art. 139 do CPC, que autoriza o juiz a dilatar os prazos processuais. Assim, corretíssimo o enunciado n. 116 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Quando a formação do litisconsórcio multitudinário for prejudicial à defesa, o juiz poderá substituir a sua limitação pela ampliação de prazos, sem prejuízo da possibilidade de desmembramento na fase de cumprimento de sentença".

Pode o réu, então, pedir o desmembramento do litisconsórcio – e esse pedido interrompe o prazo para as demais modalidades de resposta do réu, que recomeçará a correr após a decisão sobre esse incidente (art. 113, §2º, CPC)[54].

Se desejar alegar também incompetência relativa, o réu deve fazê-lo conjuntamente com esse requerimento de limitação do litisconsórcio, sob pena de prorrogação da competência. Note que o trivial é alegar a incompetência relativa na contestação; mas, havendo requerimento de desmembramento, esse será o primeiro momento que o réu se manifestou nos autos e, por isso, o momento oportuno para a alegação da incompetência relativa.

Na decisão que limitar o número de litigantes, o juiz estabelecerá quais deles permanecerão no processo e o número máximo de integrantes de cada grupo de litisconsortes, ordenando o desentranhamento e a entrega de todos os documentos exclusivamente relativos aos litigantes considerados excedentes. Não há número máximo ou mínimo previsto em lei; o juiz, atento às particularidades do caso, definirá o número de litisconsortes.

Cópias da petição inicial originária, instruídas com os documentos comuns a todos e com aqueles exclusivos dos integrantes do grupo, serão submetidas à distribuição por dependência ao juízo da causa originária (art. 286, II, CPC, aplicado por

54. A regra vale também para os Juizados Especiais Federais, conforme o Enunciado n. 19 do FONAJEF de 21.10.2005. Enunciado n. 19: Aplica-se o parágrafo único do art. 46 do CPC em sede de Juizados Especiais Federais. A referência é ao CPC-1973; o art. 113, §§1º e 2º, do CPC atual correspondem ao parágrafo único do art. 46 do CPC-1973.

analogia) No processo originário, o órgão jurisdicional não apreciará o mérito dos pedidos que envolvem os litigantes excedentes.

Não há previsão de prazo para o requerimento de desmembramento, razão porque se deve entender aplicável o art. 218, §3º, CPC, que estabelece o prazo supletivo de cinco dias.

"Em caso de desmembramento do litisconsórcio multitudinário, a interrupção da prescrição retroagirá à data de propositura da demanda original" (enunciado n. 10 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). É que a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação e, para todos os efeitos, todos os litisconsortes propuseram a demanda na mesma data, nada obstante o desmembramento posterior.

A data do protocolo original também será o marco para definir o início da litispendência e da litigiosidade da coisa para todos os litisconsortes, mesmo aqueles considerados excedentes[55].

O magistrado decidirá o incidente, por decisão interlocutória; se o pedido for indeferido, cabe agravo de instrumento (art. 1.015, VIII, CPC); o deferimento do pedido não é impugnável por agravo de instrumento.

O magistrado, fundado no possível comprometimento à rápida solução da demanda, pode limitar *ex officio* esse litisconsórcio ativo.

A possibilidade de desmembramento não se estende ao litisconsórcio multitudinário ativo unitário, pois o objeto litigioso é único e indivisível.

55. Enunciado n. 117 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Em caso de desmembramento do litisconsórcio multitudinário ativo, os efeitos mencionados no art. 240 são considerados produzidos desde o protocolo originário da petição inicial".

analogia) No processo originário, o órgão jurisdicional não apreciará o mérito dos pedidos que envolvem os litigantes excedentes.

Não há previsão de prazo para o requerimento de desmembramento, razão porque se deve entender aplicável o art. 218, §3º, CPC, que estabelece o prazo supletivo de cinco dias.

"Em caso de desmembramento do litisconsórcio multitudinário, a interrupção da prescrição retroagirá à data de propositura da demanda original" (enunciado n. 10 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). É que a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação e, para todos os efeitos, todos os litisconsortes propuseram a demanda na mesma data, nada obstante o desmembramento posterior.

A data do protocolo original também será o marco para definir o início da litispendência e da litigiosidade da coisa para todos os litisconsortes, mesmo aqueles considerados excedentes[2].

O magistrado decidirá o incidente, por decisão interlocutória; se o pedido for indeferido, cabe agravo de instrumento (art. 1.015, VIII, CPC); o deferimento do pedido não é impugnável por agravo de instrumento.

O magistrado, fundado no possível comprometimento à rápida solução da demanda, pode limitar ex officio esse litisconsórcio ativo.

A possibilidade de desmembramento não se estende ao litisconsórcio multitudinário ativo unitário, pois o objeto litigioso é único e indivisível.

[2] Enunciado n. 117 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Em caso de desmembramento do litisconsórcio multitudinário ativo, os efeitos mencionados no art. 240 são considerados produzidos desde o protocolo originário da petição inicial".

CAPÍTULO 13

Intervenção de terceiro

Sumário • 1. Introdução às intervenções de terceiro: 1.1. Conceitos fundamentais: 1.1.1. Conceito de parte; 1.1.2. Conceito de terceiro; 1.1.3. Conceito de intervenção de terceiro; 1.1.4. Processo incidente e incidente do processo; 1.2. Fundamentos para as intervenções de terceiro; 1.3. Efeitos no processo; 1.4. Controle pelo magistrado; 1.5. Cabimento: 1.5.1. Regra geral; 1.5.2. Juizados Especiais Cíveis – 2. Assistência: 2.1. Considerações gerais; 2.2. Procedimento; 2.3. Assistência simples: 2.3.1. Considerações gerais; 2.3.2. Poderes do assistente simples: 2.3.2.1. Combinação das regras decorrentes dos arts. 121, par. ún., e 122, CPC; 2.3.2.2. Análise do par. ún. do art. 121 do CPC: omissões negociais e não negociais do assistido; 2.3.3. Eficácia preclusiva da intervenção; 2.4. Assistência litisconsorcial; 2.5. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (lato sensu) como assistente simples em processo individual – 3. Denunciação da lide: 3.1. Generalidades; 3.2. Facultatividade da denunciação da lide; 3.3. Posição processual do denunciado; 3.4. A denunciação da lide em caso de evicção (art. 125, I, CPC); 3.5. A denunciação da lide com base no inciso II do art. 125 do CPC: 3.5.1. Considerações gerais; 3.5.2. A concepção restritiva; 3.5.3. A concepção ampliativa; 3.5.4. A posição do Superior Tribunal de Justiça; 3.5.5. Síntese conclusiva: a nossa opinião; 3.6. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo autor (arts. 126-127, CPC); 3.7. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo réu (arts. 126 e 128, CPC) – 4. Chamamento ao processo – 5. Denunciação da lide e chamamento ao processo em causas de consumo – 6. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: 6.1. Generalidades; 6.2. A desconsideração da personalidade jurídica: suas origens como instrumento de supressão do privilégio da limitação da responsabilidade; 6.3. A desconsideração da personalidade jurídica: a construção doutrinária brasileira; 6.4. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica – 7. Intervenção de *amicus curiae* – 8. Outras intervenções decorrentes da resposta do réu – 9. A intervenção *iussu iudicis* – 10. Intervenções especiais dos entes públicos – 11. Intervenção litisconsorcial voluntária ou litisconsórcio facultativo ulterior simples – 12. Intervenção de terceiro especial no processo da ação de alimentos (art. 1.698 do Código Civil).

1. INTRODUÇÃO ÀS INTERVENÇÕES DE TERCEIRO

1.1. Conceitos fundamentais

1.1.1. Conceito de parte

O conceito de parte deve restringir-se àquele que participa (ao menos potencialmente) do processo com parcialidade, tendo interesse em determinado resultado do julgamento. Saber se essa participação dá-se em relação à demanda, principal ou incidental, ou em relação à discussão de outra questão, não é algo essencial para o conceito puramente processual de parte. Parte é o sujeito parcial do contraditório.

De três maneiras distintas pode alguém assumir a posição de parte num processo: *a)* tomando a iniciativa de instaurá-lo; *b)* sendo chamado a juízo para ver-se processar; *c)* intervindo em processo já existente *entre* outras pessoas[1].

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Processual Civil - Ensaios e Pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 55.

1.1.2. Conceito de terceiro

Terceiro é conceito que se determina por exclusão ao conceito de parte. Afirma Barbosa Moreira: "é terceiro quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele que se profira a decisão".[2] Trata-se de conceito simples, decorrente da simples inatividade em relação ao processo.[3]

1.1.3. Conceito de intervenção de terceiro

A intervenção de terceiro é fato jurídico processual que implica modificação de processo já existente. Trata-se de ato jurídico processual pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte.

São duas as premissas fundamentais da teoria da intervenção de terceiro: a) terceiros são todos os sujeitos estranhos a dado processo, que se tornam partes a partir do momento em que intervenham; b) o acréscimo de sujeitos ao processo, em qualquer hipótese de intervenção, não importa criação de processo novo – a presença de um sujeito a mais torna o processo mais complexo, mas ele é sempre o mesmo.[4]

Há intervenção de terceiro *espontânea*, pela qual o terceiro pede para intervir (p. ex.: assistência e o recurso de terceiro), assim como há intervenção de terceiro *provocada*, quando o terceiro é trazido a juízo (p. ex.: chamamento ao processo).

1.1.4. Processo incidente e incidente do processo

Processo incidente é um processo novo, instaurado em razão de um processo existente, que dele se desgarra, mas nele produz efeitos. É um *processo filhote*: nasce de um processo existente, mas adquire vida própria. Considera-se *incidente* esse processo, porque foi instaurado sempre de algum modo relacionado a algum processo pendente e porque visa a um provimento jurisdicional que de algum modo influirá sobre esse ou seu objeto. São exemplos: *a)* embargos de terceiro (arts. 674 e segs., CPC); *b)* oposição (arts. 682 e segs., CPC); *c)* reclamação (arts. 988 e segs., CPC); *d)* mandado de segurança contra ato judicial.

Incidente do processo é processo novo, que de modo não necessário surge de um processo já existente, e a ele se incorpora, tornando-o mais complexo. O *incidente do processo* é um *galho* novo, que o processo, como árvore, passa a ter. Por

2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 291.
3. FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 49; CRUZ, João Claudino de Oliveira. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 73.
4. DINAMARCO, Cândido. *Intervenção de terceiros*, p. 39, nota 3.

isso se diz que o *incidente do processo* é uma *ramificação* do processo originário. São exemplos: a) alegação de suspeição ou impedimento do juiz; b) incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 e segs., CPC); *c)* conflito de competência (arts. 951 e segs., CPC); *d)* incidente de arguição de inconstitucionalidade (arts. 948 e segs., CPC).[5]

Toda intervenção de terceiro é um *incidente de processo*, pois terceiro ingressa em processo existente, impondo-lhe alguma modificação e dele passando a fazer parte. *Se gera processo novo autônomo, terceiro não está intervindo em processo anterior para dele fazer parte: por isso a intervenção de terceiro não é um processo incidente.*

1.2. Fundamentos para as intervenções de terceiro

Todo processo, de alguma maneira, afeta a terceiro. Ora se trata de um reflexo emocional, ora econômico, ora jurídico.

O Direito Processual Civil disciplina os casos em que se permite o ingresso de terceiro em juízo, em razão do vínculo que mantém com a causa.

Como regra, somente se autoriza a intervenção de terceiro que mantenha com a causa uma vinculação *jurídica* – no direito brasileiro, há um caso em que se admite a intervenção de terceiro por interesse econômico, examinado mais à frente.

Os níveis de vinculação jurídica, que permitem a intervenção de terceiro, variam muito. Ora se permite o ingresso de quem sofrerá a eficácia principal da decisão (ex.: o substituído, em um processo conduzido pelo substituto processual), ora a intervenção de alguém contra quem se formula uma demanda incidental (ex.: denunciação da lide ou desconsideração da personalidade jurídica) ou de quem sofra efeitos reflexos da decisão (ex.: assistente simples)[6]. Há caso de intervenção de terceiro que é um colegitimado extraordinário: não é titular do direito litigioso, mas tem legitimidade para discuti-lo. O panorama é, como se vê, muito diversificado.

É fundamental perceber, no entanto, que a correta compreensão das intervenções de terceiro passa, necessariamente, pela constatação de que haverá, sempre, um vínculo entre o terceiro e o objeto litigioso do processo.

Além disso, é preciso saber as razões que justificam as intervenções de terceiro.

Basicamente, a possibilidade de intervenção de terceiro serve ora à *eficiência processual* à *duração razoável do processo*, para que se possam resolver o maior

5. DINAMARCO, *Intervenção de terceiros*, p. 94, nota 118.
6. Sobre a distinção entre efeito principal e efeito reflexo da sentença, ver capítulo sobre decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*.

número possível de questões relacionadas ao objeto litigioso em um mesmo processo, ora ao *contraditório*, ao permitir que terceiro que sofrerá efeito da decisão possa defender-se em juízo e evitar esse prejuízo.

1.3. Efeitos no processo

A intervenção de terceiros é fato jurídico processual que transforma pessoa estranha ao processo pendente em parte dele integrante. Não gera processo novo, mas, tão só, efeitos subjetivos e/ou objetivos no processo já em curso.

Subjetivamente, o processo pode ser alterado ou ampliado. Ou seja, pode-se provocar uma *modificação* das partes – como é o caso da substituição do réu prevista no art. 339, §1º, CPC – ou uma *ampliação* do rol das partes – que é o que ocorre em todas as demais modalidades interventivas.

Já em termos objetivos, algumas intervenções de terceiro *ampliam* o objeto litigioso, com a introdução de uma nova demanda no processo. É o que acontece com a denunciação da lide e a desconsideração da personalidade jurídica. Há, porém, modalidades interventivas que não geram qualquer repercussão objetiva no processo: chamamento ao processo, recurso de terceiro e assistência, por exemplo.

1.4. Controle pelo magistrado.

O ingresso de terceiro em processo alheio não é algo deixado à sua discrição. A presença do terceiro reclama o controle jurisdicional de sua legitimidade (legitimidade interventiva), à semelhança do que ocorre com a verificação da legitimação para a causa. Bem pensadas as coisas, o terceiro, ao intervir, ou tem contra si uma demanda (denunciação da lide, chamamento ao processo) ou assume a "ação" de outrem (assistência); em qualquer dos casos, deve ter legitimidade para isso.

Questão nova, cuja resposta ainda não se tem com segurança, é a seguinte: a possibilidade de intervenção de terceiro decorre apenas da lei, que regula essa intervenção, ou pode haver intervenção de terceiro criada por negócio processual atípico (art. 190, CPC, examinado no capítulo sobre os fatos jurídicos processuais)? De outro modo: o terceiro somente intervém nas típicas situações previstas em lei ou o poder de autorregramento das partes pode criar uma intervenção de terceiro atípica de origem negocial?

Em princípio, entendemos possível a criação de uma intervenção de terceiro negocial, uma vez preenchidos os pressupostos do art. 190 do CPC. Não conseguimos identificar argumentos contrários a ela.

De todo modo, seja uma intervenção de terceiro *atípica*, seja uma intervenção de terceiro *típica*, cabe ao órgão jurisdicional controlar o ingresso de terceiro no processo.

No caso de intervenção *típica*, o controle se limita à verificação os requisitos legais para a intervenção; no caso da intervenção de terceiro de *origem negocial*, o controle se restringe ao exame do negócio processual: de sua validade (se as partes eram capazes, p. ex.) e de seu conteúdo (verificar, p. ex., se o terceiro que pretende ingressar é aquele autorizado pelo negócio).

1.5. Cabimento

1.5.1. Regra geral

As intervenções de terceiro cabem no procedimento comum do processo de conhecimento. Essa é a regra. A assistência, a intervenção de *amicus curiae* e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica também cabem em execução. Há outras intervenções de terceiro, exclusivas para o processo de execução, que serão estudadas no v. 5 deste *Curso*.

1.5.2. Juizados Especiais Cíveis

No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, de acordo com o art. 10, Lei n. 9.099/1995, não se admite intervenção de terceiro. Eduardo Sodré, porém, defende o cabimento do recurso de terceiro no âmbito dos Juizados Especiais, porque não compromete a celeridade do rito[7].

O art. 1.062 do Código de Processo Civil alterou um pouco esse microssistema, ao permitir o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

2. ASSISTÊNCIA

2.1. Considerações gerais

A assistência é modalidade de intervenção de terceiro *ad coadjuvandum*, pela qual um terceiro ingressa em processo alheio para auxiliar uma das partes. Pode ocorrer a qualquer tempo e grau de jurisdição, assumindo o terceiro o processo no estado em que se encontre. A assistência é admissível em qualquer procedimento (art. 119, par. ún., CPC).

Permite-se a assistência porque esse terceiro pode vir a sofrer prejuízos jurídicos com a prolação de decisão contra o assistido. Esses prejuízos podem ser diretos/imediatos ou reflexos/mediatos. Àqueles corresponde a figura do assistente

7. SODRÉ, Eduardo. *Juizados Especiais Cíveis – Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

litisconsorcial; a esses, a do simples. A intervenção permite ao assistente, de certo modo, tentar influenciar no julgamento da causa.

O interesse jurídico é pressuposto da intervenção. Não se autoriza a assistência quando o interesse for meramente econômico ou afetivo. O interesse jurídico manifesta-se seja pelo fato de o terceiro manter relação jurídica vinculada à que está deduzida, seja por ele se afirmar titular da relação jurídica deduzida.

> Há interessante caso de interesse jurídico presumido pelo legislador. No procedimento de interdição, caso o interditando não constitua advogado para defendê-lo, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente (art. 752, §3º). Atribui-se a esses sujeitos uma legitimação extraordinária condicionada à não constituição pelo interditando de um representante judicial. Há, aqui, presunção legal absoluta de interesse jurídico, que autoriza a assistência: o cônjuge/companheiro ou parente sucessível tem legitimidade para intervir como assistente do interditando pelo fato de ele não ter constituído voluntariamente um advogado; a provável maior fragilidade do interditando é o que justifica a intervenção. Trata-se de regra que serve como reforço à garantia do contraditório do interditando. Obviamente, a assistência somente poderá ocorrer nos casos em que a interdição for promovida por sujeito distinto daquele que pretende ser o assistente – pelo Ministério Público, por exemplo. Trata-se de assistência litisconsorcial, tornando-se o interveniente litisconsorte unitário do interditando, ainda que como legitimado extraordinário; no caso, o regime jurídico da assistência simples seria de pouca utilidade, pois o interditando pode encontrar-se, realmente, em uma situação que impeça a livre manifestação da sua vontade – na assistência simples, a atuação do assistente subordina-se à vontade do assistido. Sobre a distinção entre assistência simples e assistência litisconsorcial, ver itens mais adiante.

2.2. Procedimento

A assistência é intervenção de terceiro *espontânea*.

O terceiro peticiona ao juiz, expondo os fatos e as razões pelas quais considera ter *interesse jurídico*[8] na demanda. As partes serão intimadas a se manifestar, salvo se for caso de rejeição liminar: *a)* não havendo impugnação dentro de quinze dias, o pedido do assistente será deferido, se o magistrado reconhecer-lhe legitimidade para intervir (art. 120, CPC); *b)* se houver impugnação, o juiz, sem determinar a suspensão do processo, decidirá o incidente (art. 120, CPC), em que será possível a produção de provas.

8. No entanto, nada impede que esse interesse jurídico possa vir acompanhado de alguma repercussão econômica, muito embora essa circunstância não tenha necessariamente o condão de desnaturá-lo (STJ, 3ª T., REsp n. 1.143.166/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 16.12.2010, publicado no DJe de 03.11.2011).

> Não custa lembrar: o art. 190 do CPC admite intervenção fundada em negócio jurídico processual. Assim, se as partes concordarem com a intervenção do assistente, o juiz somente poderá negar a intervenção se encontrar defeito nesse negócio processual.

Da decisão do incidente ou da decisão que rejeitar liminarmente a intervenção, cabe agravo de instrumento (art. 1.015, IX, CPC).

2.3. Assistência simples

2.3.1. Considerações gerais

Na assistência simples, o terceiro ingressa no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida.

O interesse jurídico do terceiro reflete-se na circunstância de manter este, com o assistido, relação jurídica que poderá ser afetada pelo julgamento da causa. O assistente simples visa à vitória do assistido, tendo em vista o reflexo que a decisão possa ter em relação jurídica existente entre eles[9]. É a eficácia reflexa que uma decisão pode ter que justifica a intervenção como assistente simples – sobre a eficácia reflexa da decisão, ver o v. 2 deste *Curso*, capítulo sobre decisão judicial.

Fundamental perceber que, no processo, não se discute relação jurídica da qual faça parte este terceiro, bem como não tem ele qualquer vínculo jurídico com o adversário do assistido. O terceiro intervém para ser parte auxiliar – sujeito parcial, mas que, em razão de o objeto litigioso do processo não lhe dizer respeito diretamente, fica submetido à vontade do assistido.

Bom exemplo é o do sublocatário, em processo de despejo contra o locatário; o direito do sublocatário depende da preservação de direito do locatário; seu interesse jurídico é mediato e aparentemente altruísta, pois, para proteger o seu patrimônio, tem de ajudar na defesa de direito alheio. *Outros exemplos*: *a)* aquele que não fora denunciado à lide, embora pudesse sê-lo, pode intervir como assistente, recorrendo contra a sentença que condena o que poderia ter sido denunciante, nas hipóteses do art. 125 do CPC; *b)* intervenção do legatário, no processo envolvendo o herdeiro legítimo e o testamentário, em que se discute a validade do testamento.

> Há quem defenda a intervenção como assistente simples fundada na afirmação da existência de um interesse institucional, que seria outra dimensão do interesse jurídico.
>
> Explica o tema Robson Godinho: "A situação em que se nos afigura mais evidente a presença de interesse institucional é exatamente a

9. ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*. São Paulo: RT, 1994, p. 68.

hipótese envolvendo prerrogativas institucionais, direitos e garantias de membros do Ministério Público. Em princípio, portanto, apenas em processos em que se possa vislumbrar prejuízo institucional atual ou potencial dos membros do Ministério Público é que se faria presente o interesse jurídico. Em suma, a esfera jurídica do Ministério Público confunde-se com as prerrogativas, direitos e deveres de seus membros e o interesse institucional é que habilitará a Instituição a ingressar em processo como assistente simples. Tudo aquilo que não disser respeito à esfera pessoal do membro do Ministério Público será interesse institucional, já que o Promotor estará no exercício da função e, portanto, não haverá rigorosamente um agir individual e personalizado que possa ser destacado de seu vínculo funcional. O interesse institucional, portanto, transcende a esfera subjetiva do membro da Instituição, fazendo com que haja interesse do Ministério Público em que a sentença seja favorável a seu membro e, com isso, seja favorável à própria Instituição, que teria sua situação jurídica prejudicada em caso de vitória do adversário no processo. (...) É exatamente essa noção de 'caráter institucional' que legitima a intervenção do próprio Ministério Público como assistente simples, a fim de tutelar um interesse institucional".[10-11]

10. "Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 831-833. O autor cita os seguintes exemplos de aplicação da sua teoria: a) em determinada Comarca, é ajuizada uma ação em face de um Promotor de Justiça para que se abstenha de se pronunciar na imprensa sobre determinados fatos relacionados a processos em andamento, sob pena de multa diária. Nessa hipótese, entendemos que haveria interesse institucional a justificar a intervenção do Ministério Público, por meio do Procurador-Geral de Justiça, em razão de uma decisão que viole a livre manifestação pública (nos limites legais, evidentemente) causar prejuízo atual ou potencial a toda Instituição; b) Imagine-se, ainda, que um prefeito ajuíze uma ação em face de um membro do Ministério Público alegando que as audiências públicas por ele promovidas, relatórios e recomendações por ele emitidos causam-lhe prejuízos morais e políticos junto à população e, não sendo função do Ministério Público interferir nos rumos da política local, requer que se abstenha de emitir qualquer relatório ou recomendação e a promover audiências públicas que se refiram à administração municipal, sob pena de pagamento de multa diária. Também aqui nos parece evidente a presença de interesse institucional, por se tratar de uma legítima atribuição do Ministério Público a promoção de audiência pública e a expedição de relatórios e recomendações; c) Outra situação que revela a presença inequívoca de interesse jurídico institucional é a impetração de mandado de segurança por violação de direito líquido e certo de um membro do Ministério Público relacionado com exercício de suas funções. Em hipóteses desse tipo, a violação sempre será de um direito ou prerrogativa funcional, o que transcenderá a esfera subjetiva e pessoal do agente, habilitando a instituição a intervir no processo. São os seguintes os exemplos que podem ser formulados: desrespeito ao poder de requisição do Ministério Público; recusa de determinado juiz a intimar pessoalmente o Promotor de Justiça por meio de entrega dos autos com vista; impedir o acesso do Promotor de Justiça a determinadas dependências do fórum ou de qualquer outro órgão público. Em qualquer dessas hipóteses, a impetração de mandado de segurança pelo membro do Ministério Público habilita a intervenção da própria Instituição no processo. É certo que o membro do Ministério Público impetrará o mandado de segurança em nome da própria Instituição (como seu "presentante") e não em nome próprio, mas, em razão do interesse institucional, entendemos ser importante permitir a participação no processo do Procurador-Geral de Justiça, na condição de assistente. Também é possível haver assistência no caso de o membro do Ministério Público ser apontado como autoridade coatora em mandado de segurança, desde que esteja envolvida alguma questão institucional (p. 833-834).

11. Não admitindo a intervenção de terceiro com base em interesse institucional, STJ, 2ª T., REsp n. 1.182.123/PE, rel. Min. Castro Meira, j. em 11.05.2010, publicado no DJe de 21.05.2010.

> Também assim, poderia a Ordem dos Advogados do Brasil intervir em causas em que alguma das prerrogativas do advogado esteja sendo discutida. Quando se percebe a importância que os precedentes judiciais possuem no Direito brasileiro, essa intervenção é ainda mais justificável.

Limita-se o assistente a auxiliar a parte principal, utilizando-se dos meios processuais postos à disposição dela (poderá requerer provas, apresentar razões de mérito etc.). Assume a responsabilidade pelo pagamento das custas na proporção da atividade que tiver exercido (art. 94, CPC).

O assistente simples é *parte*: sujeito parcial do contraditório. Não por acaso arca com as despesas processuais, se submete aos deveres processuais de parte, assume as situações jurídicas processuais ativas (alegar, provar, recorrer etc.). *É, porém, parte auxiliar.*

O assistente simples atua no processo como *legitimado extraordinário* – pois, em nome próprio, auxilia a defesa de direito alheio. Trata-se de legitimação extraordinária *subordinada*, pois a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade do contraditório[12].

2.3.2. Poderes do assistente simples

2.3.2.1. Combinação das regras decorrentes dos arts. 121, par. ún., e 122, CPC

O assistente simples pode, como parte auxiliar, alegar, produzir provas, recorrer etc. O assistente simples exerce os mesmos poderes e sujeita-se aos mesmos ônus processuais que o assistido (art. 121, *caput*, CPC).

Há, porém, dois dispositivos que exigem atenção especial.

I) O par. ún. do art. 121 do CPC determina que "sendo revel ou, de qualquer outro modo, omisso o assistido, o assistente será considerado seu substituto processual".

II) O art. 122 do CPC, por outro lado, prescreve que "a assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos".

---

12. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, n. 404, p. 10-12; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II, p. 311. Não considerando o assistente simples um substituto processual, ao tempo do CPC-1973, MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1983, p. 100.

A revelia do assistido não produz efeitos ante a atuação do assistente simples, que cumpre, exatamente, o seu papel de parte auxiliar, evitando as consequências dessa conduta omissiva; o mesmo ocorre com outras condutas omissivas do assistido (art. 121, par. ún., CPC).

Além disso, a assistência simples não obsta a que o assistido reconheça a procedência do pedido, desista da ação, transija ou renuncie ao direito sobre o que se funda a ação etc. (art. 122 do CPC). O assistente simples fica, então, submetido *à vontade do assistido*.

É preciso conciliar essas duas regras, aparentemente contraditórias: a primeira, que autoriza o assistente simples a suprir a omissão do assistido, evitando os efeitos da revelia; a segunda, que subordina o assistente simples à vontade do assistido.

A solução do problema parte de uma premissa: o assistente fica vinculado *à vontade do assistido*.

O art. 122 do CPC é claro ao subordinar a atuação do assistente aos negócios jurídicos processuais realizados pelo assistido (todos eles negócios jurídicos processuais dispositivos e expressos).

A revelia não é um negócio processual. Ela é um *ato-fato processual*[13], em cujo suporte fático é irrelevante a presença ou não da "vontade de ser revel". Na revelia, não há manifestação de vontade do revel.

Quando não houver manifestação de vontade do assistido, que praticou ato-fato processual, a atuação do assistente será eficaz, salvo expressa manifestação contrária do assistido – caso em que estaremos diante de um negócio processual dispositivo expresso. Exatamente porque se trata de um *ato-fato processual*, em que a vontade é irrelevante para a configuração da hipótese normativa, não se pode verificar o contraste entre a vontade do assistente simples e a vontade do assistido; esse contraste não é permitido, na forma do art. 122 do CPC, por isso que, quando houver ato negocial dispositivo praticado pelo assistido, a vontade do assistente simples não poderá ser em sentido contrário[14].

Enfim, se há *negócio jurídico dispositivo* realizado pelo assistido, o assistente a ele se subordina; essa subordinação não se dá, porém, em relação aos *atos-fatos*

13. Sobre os atos-fatos processuais, DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 45-54.

14. Nesse sentido, há decisão da 6ª Turma do mesmo STJ: "A regra inserta no art. 52 do CPC é expressa no sentido de que o assistente simples é auxiliar da parte principal, possuindo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuais, não podendo, todavia, praticar atos contrários à vontade do assistido. – Segundo a melhor exegese deste preceito, pode o assistente interpor recurso, ainda que não o faça o assistido, desde que não haja por parte deste expressa manifestação em sentido contrário. – Precedentes – Recurso especial conhecido e provido." (Resp n. 99.123/PR, rel. Min. Vicente Leal, j. em 3.6.2002, acórdão publicado no *DJ* de 1º.7.2002). O art. 52 do CPC-1973 corresponde ao art. 121 do CPC.

processuais praticados pelo assistido, justamente porque neles não há vontade (ou, se houver, isso é irrelevante para o Direito) que possa ser contrastada pela atuação do assistente.

2.3.2.2. Análise do par. ún. do art. 121 do CPC: omissões negociais e não negociais do assistido

O par. ún. do art. 121 do CPC traz duas novidades em relação ao CPC-1973, que, embora resolvam alguns problemas, podem criar outros.

Diz o dispositivo que "sendo revel ou, de qualquer outro modo, omisso o assistido, o assistente será considerado seu substituto processual".

A troca de "gestor de negócios", que aparecia no texto de 1973, por "substituto processual" é um aperfeiçoamento técnico, pois, de fato, o assistente simples atuará, em nome próprio, na defesa de interesses do assistido – e, assim, será seu substituto processual[15]. Isso já foi dito linhas atrás.

A principal mudança, porém, foi o acréscimo do texto "*ou, de qualquer outro modo, omisso*". Com o acréscimo, deixa-se claro que o assistente simples pode suprir *qualquer omissão* do assistido, e não apenas a revelia.

Com essa alteração, resolve-se antiga questão jurisprudencial: a sobrevivência do recurso do assistente, no caso de o assistido não ter recorrido.

O STJ possui precedentes no sentido de que o recurso interposto apenas pelo assistente simples não poderia ser conhecido, tendo em vista a circunstância de a atuação do assistente simples estar subordinada à vontade do assistido. Já que o assistido não havia recorrido, o recurso do assistente simples não poderia seguir autonomamente, pois seria "contrariar" a vontade do assistido, que não recorreu[16]. Havia, claramente, um equívoco na premissa: é possível que apenas o assistente simples recorra. Na verdade, é exatamente esse o seu papel: ajudar o assistido. Pode acontecer de o assistido perder o prazo do recurso; o recurso do assistente estará lá para evitar a preclusão[17]. Ora, o par. ún. do art. 52 do CPC-1973 já poderia ser aplicado aos demais casos de condutas omissivas do assistido, e não apenas à revelia. A redação do CPC atual resolve essa questão, definitivamente.

---

15. Há muitos anos, Waldemar Mariz de Oliveira Jr. defendia que o *gestor de negócios* é um substituto processual daquele cujos interesses administra (*Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971, p. 157).
16. STJ, 2ª. T., REsp n. 535.937/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 26.09.2006, publicado no DJ de 10.10.2006, p. 293: "1. É nítido o caráter secundário do assistente que não propõe nova demanda tampouco modifica o objeto do litígio. O direito em litígio pertence ao assistido e não ao interveniente. 2. Não se conhece do recurso especial interposto, tão-somente, pelo assistente simples. Ausente o recurso especial da assistida"
17. Assim, STJ, 4ª T., AgRg no REsp n. 1.217.004/SC, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 28.08.2012, publicado no DJe de 04.09.2012.

Com o novo Código, se o assistido expressamente tiver manifestado a vontade de não recorrer, renunciando ao recurso ou desistindo do recurso já interposto, o recurso do assistente não poderá, efetivamente, ser conhecido, pois a atuação do assistente simples fica vinculada à manifestação de vontade do assistido (art. 122 do CPC)[18].

Mas o texto novo não apenas resolve problemas. Ele também traz perplexidades.

É que há *omissões processuais negociais*.

Nem toda omissão processual é um *ato-fato* – a revelia sempre o é, mas o novo texto especifica a revelia, mas generaliza para outras omissões do assistido. O próprio CPC traz alguns exemplos de *omissões processuais negociais:* a renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, §6º, CPC), a aceitação tácita da decisão (art. 1.000, CPC) e a aceitação da proposta de foro feita pelo demandante (art. 65, CPC)[19]. Renúncia e aceitação são negócios jurídicos unilaterais dispositivos. O silêncio do assistido é, no caso, compreendido como manifestação de sua vontade[20].

As condutas omissivas do assistido a que se refere o par. ún. do art. 121 do CPC pertencem à mesma natureza da revelia (não por acaso a única conduta expressamente mencionada, exatamente para indicar a natureza das demais): são atos-fatos processuais. O trecho "de qualquer modo omisso o assistido" deve ser compreendido como referente a uma omissão não-negocial, omissão como ato-fato processual, à semelhança da revelia.

Omissões negociais do assistido estão fora do âmbito de incidência desse parágrafo único. Como negócios processuais dispositivos, subsomem-se, por analogia, à norma extraída do art. 122 do CPC, que vincula o assistente simples à vontade do assistido. Em suma: *o assistente não pode suprir a omissão do assistido se ela for uma omissão negocial.*

2.3.3. Eficácia preclusiva da intervenção

Não poderá o assistente discutir a *"justiça da decisão"* proferida no processo em que interveio. Submeter-se à *justiça da decisão* é não poder discutir os

18. Embora com uma fundamentação confusa, pois mistura situações muito díspares (não interposição do recurso e desistência do recurso pelo assistido, ato-fato e negócio jurídico processual, respectivamente), está correto o precedente do STJ de que não é possível o conhecimento do recurso do assistente simples, quando o contraste entre a vontade do assistido e a vontade do assistente se "verifica porque a União manifestou expressamente o seu desinteresse em recorrer, enquanto o Estado do Rio de Janeiro interpõe o presente recurso especial" (no caso, o Estado do Rio era assistente simples da União; STJ, 2ª. T., REsp n. 105.6127/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 19.08.2008, publicado no DJe de 16.09.2008).

19. Expressamente defendendo que o assistente simples não pode alegar incompetência relativa, SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 278.

20. Sobre a eficácia negocial do silêncio, DIDIER Jr., Fredie; BOMFIM, Daniela. "Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e supressio". *Pareceres.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 266 e segs.

fundamentos da decisão proferida contra o assistido. Essa eficácia costuma ser chamada de *eficácia da intervenção* ou *eficácia preclusiva da intervenção*.

Um exemplo: o tabelião que intervém como assistente simples em processo em que se pretende invalidar a escritura pública por ele lavrada, em razão de dolo, não poderá, depois, em processo de ação regressiva porventura ajuizada, discutir a existência do dolo, premissa que foi levada em consideração na sentença proferida no primeiro processo[21].

Há duas hipóteses em que o assistente simples pode escapar à *eficácia da intervenção*.

I) Se, pelo estado em que assumiu o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença (art. 123, I, CPC)[22].

II) Se desconhecia a existência de alegações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (art. 123, II, CPC).

Assim, uma vez demandado em outro processo, poderá o assistente simples alegar uma dessas duas hipóteses, com o objetivo de desconstituir a eficácia da intervenção. Essas alegações, que são questões de defesa do assistente simples, são chamadas de *exceptio male gesti processus*: exceção de má-gestão processual. O assistente simples alega, em suma, que não pode ficar vinculado à justiça da decisão, pois o processo foi mal conduzido pelo assistido.

A eficácia da intervenção distingue-se, assim, da coisa julgada.

O assistente simples não fica submetido à coisa julgada, que de resto não lhe diz respeito, mas se submete à justiça da decisão. A coisa julgada, em regra, não atinge a fundamentação (art. 504, CPC). A coisa julgada pode ser rescindida por ação rescisória (arts. 966 e segs., CPC).

Assim, a eficácia da intervenção tem objeto distinto, porque atinge a fundamentação da decisão, e pode ser afastada com mais facilidade do que a coisa julgada, pelo exercício da *exceptio male gesti processus* (art. 123, I e II, CPC).

2.4. Assistência litisconsorcial

A assistência litisconsorcial cabe quando o terceiro alegar a existência de um interesse jurídico imediato na causa.

---

21. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 212.

22. O assistente não tem a exceção a que se refere o inciso I do art. 123, quando evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir no processo (2ª S., EDcl nos EDcl no REsp n. 1.091.393/SC, rel. Mina. Maria Isabel Gallotti, rel. p/ acórdão Nancy Andrighi, j. em 10.10.2012, publicado no DJe de 14.12.2012).

Há interesse jurídico imediato em duas situações.

I) O *assistente afirma-se titular da relação jurídica discutida.* Ele intervém para discutir relação jurídica que já está sendo discutida.

Essa hipótese se desdobra em duas:

Ou o terceiro é *titular exclusivo* da relação jurídica discutida: o assistente é o substituído, intervindo em causa conduzida por substituto processual; ex.: intervenção do adquirente de coisa litigiosa, art. 109, §2º, CPC; intervenção do substituído, art. 18, par. ún., CPC.

Ou o assistente é *cotitular* da situação jurídica discutida (como no caso da intervenção do condômino, em ação proposta por outro condômino).

II) O assistente *afirma-se colegitimado extraordinário à defesa em juízo da relação jurídica que está sendo discutida.*

Nesse caso, o assistente, embora não se afirme titular da relação jurídica discutida, tem legitimação extraordinária para defendê-la. É o que acontece na intervenção de um legitimado à tutela coletiva, em processo proposto por outro legitimado: essa é uma clara hipótese de assistência litisconsorcial.

A assistência litisconsorcial é hipótese de litisconsórcio unitário facultativo ulterior.[23] Trata-se de intervenção espontânea pela qual o terceiro transforma-se em litisconsorte do assistido[24], daí porque o seu tratamento é igual àquele deferido ao assistido, isto é, atua com a mesma intensidade processual, não vigorando as normas que o colocam em posição subsidiária. Há litisconsórcio unitário ulterior, aplicando-se, a partir daí, todo o regramento sobre o assunto. Por isso o CPC a denomina de assistência litisconsorcial.

Como é um litisconsórcio facultativo unitário ulterior, a assistência litisconsorcial costuma dar-se no polo ativo, ambiente propício para o surgimento de litisconsórcio facultativo unitário.

---

23. Sobre o assunto, ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*, ob. cit., p. 232; ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*, ob. cit., p. 74-80. "(...) haverá o assistente de ser considerado litisconsorte do assistido, recebendo, pois, o tratamento de litisconsorte e serão assim considerados porque se por eles, ou contra eles, fosse deduzido o pedido, a situação já estaria estampada no processo. As partes originárias e seus assistentes litisconsorciais, estão sujeitos ao regime da unitariedade, ante a circunstância de estar sendo deduzido um só pedido" (ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p 238). Em sentido diverso, Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176) e Cândido Rangel Dinamarco, nestas palavras: "A má redação de dispositivos do Código de Processo Civil dá a entender que o assistente litisconsorcial não seja um assistente e sim um *litisconsorte*, mas essa ideia é inteiramente falsa. (...) Em suma, prepondera o substantivo *assistência* sobre o adjetivo *litisconsorcial* e o assistente é sempre *assistente*, ainda quando a lei o qualifica como *litisconsorcial*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 2, cit., p. 391)

24. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 78-79.

2.5. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (*lato sensu*) como assistente simples em processo individual

No final de fevereiro de 2008, o STF admitiu a intervenção de um sindicato na qualidade de *assistente simples* (Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo – SINDIFUMO), em processo que envolve uma indústria de cigarros, em que se discute a constitucionalidade do Decreto-lei n. 1.593/1977 (RE n. 550.769 QO/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 28.2.2008, publicada no Informativo do STF n. 496).

É certo que o sindicato não mantém com o *assistido* uma relação jurídica conexa com a que se discute. Desta forma, inviável a *assistência simples*, de acordo com o entendimento tradicional sobre o tema, exposto linhas atrás.

Sucede que o STF entendeu que o *interesse jurídico* que autoriza a assistência simples, no caso mencionado, configurou-se pela constatação de que o seu julgamento poderia definir a orientação da jurisprudência em torno do tema (constitucionalidade de meios de coerção indireta para o pagamento do tributo, como a interdição de estabelecimento), que serviria para a solução de um número indefinido de casos.

A relação jurídica conexa à relação discutida, aqui, é uma *relação jurídica coletiva*, pois envolve a proteção de direitos individuais homogêneos, cuja titularidade pertence à *coletividade das vítimas*[25] (no caso, as indústrias de tabaco).

O julgamento é bem interessante e merece registro.

Admitindo a força vinculativa do precedente judicial, notadamente quando proveniente do STF, o tribunal reconheceu a necessidade de permitir a ampliação do debate em momento anterior à formação do precedente. Quebra-se, então, um paradigma do processo individual, para ampliar a concepção de interesse jurídico autorizador da assistência simples: em vez de exigir que o assistente simples tenha com o assistido uma relação jurídica vinculada àquela discutida, admitiu-se a assistência em razão da afirmação de existência de uma relação jurídica de direito coletivo (*lato sensu*).

Note, porém, que, exatamente por isso, o *assistente simples*, nesses casos, teria de ser um *legitimado extraordinário coletivo*: ente que tenha legitimação para a ação coletiva referente aos direitos individuais homogêneos relacionados ao objeto litigioso do processo individual no qual se intervém. Permitir a intervenção de *indivíduos* titulares de direito individual semelhante ao que se discute em juízo certamente causaria grande tumulto processual.

Sérgio Cruz Arenhart já defendia a necessária ampliação da noção de interesse para intervir como assistente simples, tendo em vista a força vinculativa

25. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22-23; DIDIER Jr., Fredie, ZANETI, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 3ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, v. 4, p. 77-84.

do precedente judicial. Entende, porém, que deveria admitir-se a intervenção do *indivíduo:*

> "É certo que a ampliação desavisada do conceito de 'interesse de intervenção' pode tornar inviável a solução da lide, por gerar a invasão de terceiros no processo formado. Todavia, no outro vértice da questão, a não admissão desta intervenção ampliada acarretará a violação clara dos direitos de ampla defesa e contraditório de todos estes 'terceiros' que sofrerão (praticamente de forma imutável) os efeitos de uma decisão judicial, sem jamais ter condições de, *efetivamente*, opor-se a ela. De fato, não se pode admitir que o primeiro processo instaurado a respeito de certa controvérsia acabe por resultar em decisão que será indistintamente aplicada para todos os demais casos, sem que os titulares destes outros direitos tenham, *de fato e de maneira concreta*, a possibilidade de apresentar seus argumentos e interferir na decisão judicial. A garantia do contraditório, em sua versão moderna, tem sido vista como não apenas o direito de se manifestar, mas de *influir efetivamente na decisão judicial*. Não há dúvida de que este direito é violado se a decisão judicial já está pronta, mesmo antes de iniciada a ação em que o interessado pretende apontar os argumentos".[26]

Como se trata de situação que pode dizer respeito a um sem-número de indivíduos, parece realmente que a técnica mais adequada para resolver o conflito entre o direito ao contraditório destes terceiros interessados na fixação do precedente e o direito à duração razoável do processo é, no caso, permitir apenas a intervenção de legitimado à proteção jurisdicional de direito coletivo (*lato sensu*).

A decisão reforça, ainda, uma percepção demonstrada no v. 2 deste *Curso*, no capítulo sobre precedente judicial: o Direito brasileiro é um sistema de precedentes obrigatórios. Ao lado disso, parece inexorável a tendência de adaptar o processo individual ao julgamento de causas repetitivas (arts. 928, p. ex.).

Perceba também que já se admitia intervenção semelhante nos processos individuais, notadamente naqueles em se discutia *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de um ato normativo. Sucede que, nesses casos, a intervenção se dava na qualidade de *amicus curiae* (art. 950, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC) e no incidente de análise por amostragem da repercussão geral do recurso extraordinário (§ 4º do art. 1.035 do CPC).

O STF *simplificou* a questão, com perdão pelo trocadilho, permitindo a intervenção como assistente simples, instituto já consagrado pela tradição jurídica

26. ARENHART, Sérgio Cruz. "O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes". In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11, p. 436-437.

brasileira. A decisão segue, pois, uma tendência, já divisada pela doutrina, de redefinição do pressuposto do interesse jurídico para a intervenção como assistente simples, consoante demonstrando linhas atrás. Esse entendimento, no entanto, não tem sido seguido pelo STJ, que, por diversas vezes recusou a intervenção de entes coletivos em processos individuais, por entender que "o interesse institucional, não obstante encerre também interesse jurídico para a propositura da ação coletiva, não enseja a intervenção *'ad adjuvandum'* em processo *'inter partes'*"[27].

A orientação do STF parece ter sido encampada pela Lei 13.015/2014. O §8º do art. 896-C da CLT admite *expressamente* a intervenção de terceiro, como assistente simples, para auxiliar a construção do precedente a ser firmado em julgamento dos recursos de revista repetitivos.

3. DENUNCIAÇÃO DA LIDE

3.1. Generalidades

A denunciação da lide é uma intervenção de terceiro *provocada*: o terceiro é chamado a integrar o processo, porque uma demanda lhe é dirigida. A denunciação da lide pode ser promovida pelo autor ou pelo réu (art. 125, *caput*, CPC).

A denunciação da lide é uma demanda; por meio dela, exercita-se o direito de ação.

Ela é uma demanda incidente, regressiva, eventual e antecipada.

a) demanda incidente

A denunciação é demanda nova em processo já existente; pela denunciação, não se forma processo novo. É, pois, um incidente que acrescenta ao processo um novo pedido Trata-se de hipótese de ampliação objetiva ulterior do processo. O processo passa a ter duas demandas: a principal e a incidental.

> Convém pontuar, no entanto, que, se feita pelo autor, a denunciação da lide não é uma intervenção de terceiro (e, portanto, não é um incidente do processo): é que o terceiro já é colocado desde o início do processo como réu, pois o autor demanda em face dele e do réu da demanda principal). Ex.: o autor ingressa com uma ação declaratória para ver assegurado o direito que lhe foi transmitido pelo denunciado e, ao mesmo tempo, denuncia a lide a este, para a eventualidade de perder a demanda.

27. STJ, 1ª T., REsp n. 821.586/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 07.10.2008, publicado no DJe de 03.11.2008. *No mesmo sentido*: STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp n. 1.146.066/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 04.05.2011, publicado no DJe de 13.04.2012; STJ, 2ª T., REsp 1.182.123/PE, Rel. Min. Castro Meira, j. em 11.05.2010, publicado no DJe de 21.05.2010.

A sentença disporá sobre a relação jurídica entre a parte adversária e o denunciante, e entre este e o denunciado. Se o juiz não se manifestar sobre alguma dessas demandas, a sentença será omissa (*citra petita*).

b) demanda regressiva

Do ponto de vista material, a denunciação da lide é demanda que veicula pretensão *regressiva* ou de *garantia*.

O denunciante visa ao ressarcimento pelo denunciado de eventuais prejuízos que porventura venha a sofrer em razão do processo pendente. Não há, portanto, qualquer afirmação de existência de relação jurídica material entre o denunciado e o adversário do denunciante.

Afirma-se a existência de uma relação jurídica entre o adversário do denunciante e o denunciante (demanda principal) e entre o denunciante e o denunciado (demanda incidental). É fundamental a percepção do fenômeno sob essa perspectiva, pois a correta compreensão das modalidades de intervenção de terceiro, como já afirmado, não prescinde de uma investigação do vínculo que mantém o terceiro com a relação jurídica discutida em juízo.

c) demanda eventual.

É, ainda, demanda *eventual*, porque feita sob condição: a demanda regressiva somente será examinada se o denunciante, afinal, for derrotado na demanda principal. A primeira demanda é preliminar[28] em relação à denunciação, pois se o denunciante for vitorioso na ação principal, a ação regressiva sequer será examinada; se o denunciante sucumbir, a ação de denunciação tanto poderá ser procedente como improcedente.

"É como se o denunciante formulasse este pedido: 'Se eu, afinal, acabar vencido, peço desde já que o denunciado seja condenado a pagar-me a indenização a que eu porventura tenha direito.'"[29]

O art. 129 do CPC deixa isso claro: "Se o denunciante for vencido na ação principal, o juiz passará ao julgamento da denunciação da lide. Parágrafo único. Se o denunciante for vencedor, a ação de denunciação não terá o seu pedido examinado, sem prejuízo da condenação do denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado".

---

28. "Na verdade, o pedido deduzido na ação principal é questão preliminar em relação à demanda objeto da litisdenunciação. Julgado improcedente, automaticamente a denunciação da lide perde seu objeto, pois não há o que indenizar; julgado procedente, possibilita o julgamento da lide secundária, que pode ou não ser acolhida". (NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 413-414.)
29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 88.

Há, porém, uma ponderação a ser feita: "Vencido o denunciante na ação principal e não tendo havido resistência à denunciação da lide, não cabe a condenação do denunciado nas verbas de sucumbência" (enunciado n. 122 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

d) demanda antecipada.

Finalmente, a denunciação da lide é uma demanda *antecipada*: o denunciante se antecipa e, antes de sofrer qualquer prejuízo e para a hipótese de vir a sofrê-lo, propõe demanda em face de terceiro, com o objetivo de imputar-lhe a responsabilidade pelo ressarcimento.

Normalmente, seria caso de demanda sem interesse de agir, pois o demandante ainda não teria sofrido qualquer prejuízo. Mas por uma questão de economia processual, permite-se a antecipação da demanda, atribuindo-lhe, porém, a natureza eventual. Sintetiza Barbosa Moreira: a denunciação da lide consiste "em verdadeira propositura de uma ação de regresso antecipada, para a eventualidade da sucumbência do denunciante"[30].

Em suma.

Denunciar a lide é trazer esse alguém para o processo, por força de garantia prestada, ou em razão de direito regressivo existente em face dessa pessoa; aproveita-se o denunciante do mesmo processo para exercer a ação de garantia ou a ação de regresso em face do denunciado; visa, pois, a dois objetivos: vincular o terceiro ao quanto decidido na causa e a condenação do denunciado à indenização.

> Em razão de todas essas características, a denunciação da lide, regulada pelo CPC, é bastante diferente do antigo chamamento à autoria, instituto que lhe precede historicamente e que era regulado pelo CPC-1939. A denunciação tem inspiração germânica, o chamamento à autoria, romana. A denunciação é demanda, o denunciado torna-se réu e o objeto litigioso do processo é ampliado; o chamamento à autoria é simples notificação de existência de processo pendente, sem o exercício de demanda, que somente poderia ser formulada autonomamente, depois do término do processo originário com a derrota do "chamante". O chamamento à autoria era visto como condição para o exercício autônomo do possível direito de regresso: se não houvesse o chamamento, o prejudicado não poderia, depois, pretender o ressarcimento dos seus prejuízos. Enquanto a denunciação da lide implica um acréscimo subjetivo no processo, com a chegada de um novo réu, o chamamento à autoria implicava, no máximo, uma sucessão processual: o chamado, aceitando a qualidade que lhe fora atribuída, sucedia o chamante, que saía do processo.

30. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 87.

Admite-se a chamada denunciação *sucessiva*: denunciação da lide promovida pelo denunciado à lide contra uma quarta pessoa, que seja responsável por reembolsar-lhe os prejuízos em ação regressiva ou de garantia. Por exemplo: o alienante do bem discutido pode ser denunciado à lide (art. 125, I, CPC); esse alienante pode denunciar à lide àquele que lhe antecede na cadeia dominial (aquele que lhe vendeu a coisa). Outro bom exemplo a denunciação da resseguradora pela seguradora.

O §2º do art. 125, CPC, apesar de consagrá-la expressamente, somente permite *uma única denunciação sucessiva*.

Não se admite denunciação *per saltum*: não se pode denunciar alguém que não mantenha com o denunciante uma relação jurídica direta. Não pode o denunciante, por exemplo, "pular" o alienante da coisa (art. 125, I, CPC), para denunciar o *alienante do alienante* (o sujeito que alienou o bem para aquele que alienou o bem ao denunciante).

> Havia certa discussão sobre o ponto, tendo em vista a redação do art. 456[31] do Código Civil, que permitia a comunicação ao "alienante imediato ou qualquer dos anteriores". Sucede que o art. 456 do Código Civil foi revogado pelo CPC (art. 1.072, II, CPC)[32]. A discussão está encerrada.

3.2. Facultatividade da denunciação da lide

A denunciação da lide é uma opção posta à disposição da parte interessada. Rigorosamente, é um ônus: se não denunciar a lide, a parte somente poderá exercer eventual direito regressivo autonomamente. Isso quer dizer que a não denunciação da lide implica apenas a preclusão do direito de valer-se deste instrumento processual; não há, enfim, perda do direito de regresso pela não denunciação da lide[33].

Isso é muito claro no texto normativo.

O *caput* do art. 125 diz que a denunciação da lide é *admissível* nos casos que enumera. O §1º do mesmo art. 125 prescreve que "o direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida".

---

31. Art. 456 do Código Civil, ora revogado: "Para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo".
32. Sobre a discussão, cujo interesse atual se justifica para estudos de história do direito, DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, v. 1, p. 396-399.
33. Nesse sentido, também, o enunciado n. 120 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A ausência de denunciação da lide gera apenas a preclusão do direito de a parte promovê-la, sendo possível ação autônoma de regresso".

A denunciação da lide pode ser indeferida, se por acaso o juiz entender que ela comprometerá substancialmente a duração razoável do processo. A denunciação da lide não é permitida, por exemplo, nos Juizados Especiais Cíveis, conforme se viu. *Não proposta, não admitida ou não permitida* a denunciação da lide, o direito de regresso poderá ser exercido autonomamente.

> O CPC resolve, então, definitivamente, antiga controvérsia sobre o assunto. O CPC-1973 dizia ser a denunciação da lide *obrigatória* para o exercício do direito de regresso (art. 70, *caput*, CPC-1973).
>
> A doutrina entendia que essa obrigatoriedade somente poderia dizer respeito à denunciação da lide em caso de evicção, tendo em vista o art.1.116 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 456 do Código Civil, que foi revogado pelo CPC-2015. Essa regra civil imporia a denunciação da lide como pressuposto do exercício dos direitos da evicção.
>
> Tempos depois, a doutrina percebeu que, nos casos em que a denunciação da lide é proibida, como nos Juizados Especiais Cíveis, ela não poderia ser obrigatória, pois nenhuma conduta pode ser obrigatória e proibida ao mesmo tempo.
>
> A jurisprudência e a doutrina avançaram, finalmente, para entender que a denunciação da lide não deveria ser obrigatória em nenhuma hipótese, seja porque o art. 456 do Código Civil era obsoleto, porque se referia ao antigo instituto do *chamamento à autoria*, desparecido desde 1973, seja porque essa interpretação facilitava o enriquecimento ilícito de quem alienou indevidamente uma coisa.
>
> Assim, o tema da "obrigatoriedade" da denunciação da lide gerava teses cuja variedade iniciava com a interpretação literal do art. 70, CPC-1973 – *obrigatória sempre*, até a simples desconsideração do texto normativo, para entendê-la como *obrigatória nunca*.
>
> O CPC atual enterra a discussão. Para não deixar qualquer dúvida, revogou-se o art. 456 do Código Civil (art. 1.072, II, CPC).[34]
>
> Já não era sem tempo.

3.3. Posição processual do denunciado

Discute-se muito qual é a posição jurídica do litisdenunciado, em face do adversário do denunciante – pois em relação a este, ele é réu da demanda incidental.

O CPC o trata como litisconsorte do denunciante (arts. 127 e 128, I, CPC) – litisconsórcio unitário.

---

34. Sobre a discussão, cujo interesse atual se justifica para estudos de história do direito, DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, v. 1, p. 391-394.

Há quem, como Cândido Dinamarco, identifique o denunciado com assistente litisconsorcial do denunciante[35] – o que acaba por dar na mesma, pois o assistente litisconsorcial é um litisconsorte unitário ulterior, conforme vimos.

Nelson Nery Jr. entende que ele tem os mesmos poderes do assistente simples, pois não tem relação alguma com o adversário do denunciante (assim como o assistente simples não tem relação com o adversário do assistido). Sucede que é inegável que o CPC deu ao denunciado poderes processuais equivalentes aos de um litisconsorte (e unitário, repita-se).

Há dois dispositivos que expressamente se referem ao denunciado como litisconsorte do denunciante. Não dá para simplesmente ignorar o texto legal, neste caso.

O denunciado atuará na demanda principal como legitimado extraordinário do denunciante, pois defenderá os interesses deste contra o seu adversário. No mesmo processo, o denunciado será réu do denunciante na demanda incidental. O denunciado assume, assim, duas posições processuais: litisconsorte do denunciante na demanda principal e réu dele na demanda incidental.

Havia uma tendência jurisprudencial de confirmar o litisdenunciado como litisconsorte[36] do denunciante, até para permitir a "condenação direta" do denunciado – principalmente nos casos em que o denunciado é uma empresa seguradora. Vejamos o julgado abaixo, do STJ, que bem revela essa concepção:

> "Cuida a matéria de saber se o denunciado, ao aceitar a denunciação e contestar o pedido principal, assume a posição de litisconsorte passivo, direta e solidariamente com o réu. O tema, apesar de parecer simples, suscita grandes discussões, não se podendo afirmar que existia unanimidade sobre o assunto. Doutrinadores de peso entendem que o denunciado ocupa, no máximo, a função de assistente litisconsorcial do réu denunciante, não podendo ser encarado como litisconsorte porque, na verdade, ele nada pede para si e nada contra ele é pedido. Há também a defesa de tese antagônica, no qual o problema está intimamente ligado à relação jurídica de direito material, submetida ao crivo do Judiciário. Concluindo que, nas hipóteses como a presente, de indenização por responsabilidade civil, a contestação do pedido inicial pelo denunciado coloca-o na condição de litisconsorte, sujeito, portanto, aos efeitos da sentença, direta e solidariamente com o primitivo réu. Recentemente, a Quarta Turma entendeu que, reconhecido o dever de a seguradora (litisdenunciada)

35. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2 p. 408.

36. STJ, 3ª T., REsp n. 1.249.029/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15.12.2011, publicado no DJe de 01.02.2012. Esse tribunal admite ainda a aplicação do art. 229 do CPC a esses litisconsortes: STJ, 4ª T., REsp 145.356/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves j. em 02.03.2004, publicado no DJ de 15.03.2004, p. 274.

> em ressarcir o réu, por força de contrato de sinistros, pode o julgador proferir condenação direta contra ela. A Terceira Turma vai mais além, admitindo a propositura da ação de indenização diretamente contra a seguradora do causador do acidente que se nega a usar a sua cobertura de sinistros. O legislador contemporâneo, ao votar o CDC, prevê a possibilidade de o consumidor acionar diretamente a seguradora, quando o fornecedor do produto ou serviço não tiver capacidade de pagamento. Milton Flaks, *in* Denunciação da Lide, Forense, 1984, págs. 141-144, admite a condenação solidária do denunciado. A Turma não conheceu do recurso. Precedentes citados: REsp 290.608-PR, DJ 16/12/2002, e REsp 228.840-RS, DJ 4/9/2000. REsp 188.158-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 15/6/2004".

Esse entendimento foi encampado pelo Código de Processo Civil. O parágrafo único do art. 128[37] expressamente autoriza que o autor peça o cumprimento da sentença diretamente contra o denunciado, respeitados os limites da condenação deste na ação regressiva[38].

Note, porém, que o CPC permitiu a condenação direta em *qualquer caso de denunciação da lide* com base no inciso II do art. 125, e não apenas nos casos de seguro[39]. Generalizou-se o entendimento jurisprudencial construído para causas de seguro.

3.4. A denunciação da lide em caso de evicção (art. 125, I, CPC)

O CPC, no inciso I do art. 125[40], autoriza a denunciação da lide ao alienante, no processo relativo à coisa, cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que este possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam[41].

---

37. Art. 128, parágrafo único, CPC: "Procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva".
38. Athos Carneiro sugeriu a seguinte conclusão, aprovada no Ciclo de Estudos de Processo Civil realizado em Curitiba, em agosto de 1983, pela OAB e pela Associação dos Magistrados do Paraná: "A posição do denunciado pelo réu é, na ação principal, a de litisconsorte do denunciante, nos exatos termos do artigo 75, I, do CPC; em consequência, o autor, procedente a demanda principal, poderá executá-la também contra o denunciado, embora com atenção aos limites em que foi procedente a ação de direito regressivo e à natureza da relação de direito material". (*Intervenção de terceiros*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 114). A referência do autor é ao texto do CPC-1973, que corresponde ao art. 128, I, atual. O CPC acolheu essa sugestão, como se vê.
39. Nessa linha, também, o enunciado n. 121 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O cumprimento da sentença diretamente contra o denunciado é admissível em qualquer hipótese de denunciação da lide fundada no inciso II do art. 125".
40. Art. 125, I, CPC: "ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam".
41. Sobre a extensão da garantia da evicção, convém ler o conteúdo dos artigos 450, 451 e 453 do Código Civil : Art. 450. "Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou: I – à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; II – à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; III – às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído. Parágrafo único. O preço, seja a evicção total ou parcial, será o

O inciso é destinado a todo aquele que, adquirindo a título oneroso o domínio, a posse ou o uso da coisa, vem a perdê-los em ação própria, por decisão judicial.[42] Trata-se de clássico exemplo de direito de garantia legalmente previsto no Código Civil.

> "*Evincere* é *ex, vincere*, vencer pondo fora, tirando, afastando. A língua portuguesa possui o verbo 'evencer': o terceiro, ou o próprio outorgante, que vence, quer como demandante quer como demandado, evence, porque vence e põe fora, no todo ou em parte, o direito do outorgado. O vencedor é o evictor; o vencido é o evicto. Por isso responde quem deu causa ao atingimento do direito do outorgado, à luta evincente".[43]

> A redação atual corrige falhas do inciso I do art. 70 do CPC-1973, que dava a entender que a denunciação da lide somente poderia ser feita pelo réu e apenas em ação reivindicatória. Dois erros. Primeiro, como vimos, a denunciação da lide pode ser promovida pelo autor (art. 127, CPC)[44]; segundo, a evicção pode decorrer de ação declaratória ou constitutiva, (como as divisórias),[45] em que se possa infirmar o direito de propriedade do adquirente que, por isso, deve denunciar a lide ao alienante – pense-se em ação declaratória proposta pelo adquirente em face de terceiro que questiona a sua propriedade.[46]

3.5. A denunciação da lide com base no inciso II do art. 125 do CPC

3.5.1. Considerações gerais

A discussão quanto ao cabimento da denunciação da lide com base no art. 125, II, do CPC é intensa e parece longe do fim – esse dispositivo corresponde ao inciso III do art. 70 do CPC-1973, herdando dele toda a polêmica em torno de sua interpretação.

Duas são as concepções doutrinárias, que são antagônicas: a) a *restritiva*, defendida por Sidney Sanches, Nelson Nery Jr., Eduardo Arruda Alvim,[47] Cassio Scar-

---

do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial". Art. 451. "Subsiste para o alienante esta obrigação, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente". Art. 453. "As benfeitorias necessárias ou úteis, não abonadas ao que sofreu a evicção, serão pagas pelo alienante".

42. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35.
43. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 2, p. 136.
44. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1974, p. 84.
45. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed., cit., t. 2, p. 139.
46. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35-36.
47. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1999, v. 1, p. 269.

pinella Bueno, Marcelo Abelha Rodrigues,[48] e Vicente Greco Filho; b) e a *ampliativa*, capitaneada por Cândido Dinamarco.

Antes de examiná-las, cumpre lembrar que o "direito de regresso decorrente da fiança, da confiança e das obrigações solidárias não pode ser exercido pela denunciação da lide",[49] pois o Código determinou o seu exercício pelo chamamento ao processo (art. 130-132, CPC).

3.5.2. A concepção restritiva

Pela concepção restritiva, somente é possível a denunciação da lide, nas hipóteses em que tiver havido transferência de direito pessoal: denuncia-se a lide ao cedente, para que responda por eventual derrota do cessionário. Afirma-se que, como no inciso I, a denunciação da lide objetiva a que o terceiro preste a garantia a que se obrigou na transmissão da coisa ou do direito, no inciso II, que seria norma de encerramento, a linha deveria ser também essa. É como afirma Sidney Sanches: "Pode-se inferir, diante disso, que no inc. III [atual inciso II] a denunciação é para que o denunciado preste ao denunciante a garantia a que se obrigou, quando lhe transmitiu o direito pessoal".[50]

Ação regressiva, neste contexto, é expressão que assume sentido jurídico bastante restrito: é pretensão, conferida pela lei ou pelo contrato, a quem, adimplindo uma obrigação que era sua, pode voltar-se contra terceiro, para deste receber, no todo ou em parte, o valor prestado.[51]

Vicente Greco Filho, o principal defensor desta concepção, embora reconheça que a tese ampliativa encontra respaldo no próprio texto normativo,[52] considera que esse posicionamento levaria a uma utilização abusiva do instituto, comprometendo a economia processual, princípio que justifica a existência desta modalidade interventiva.[53] Arremata: "Parece-nos que a solução se encontra em admitir, apenas, a denunciação da lide nos casos de simples ação de regresso, isto é, a figura só será admissível quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, automatica-

48. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 295.
49. SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1984, p. 118.
50. SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 120. O texto entre colchetes é nosso.
51. SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 117.
52. O CPC fala em "obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva" (art. 125, II).
53. *Intervenção de terceiros*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 90. O exemplo de que se vale impressiona: numa demanda de indenização por dano decorrente de acidente de veículo, poderia ser chamado o terceiro, que o réu afirma ter também concorrido para o acidente, a fábrica que montou no carro peça defeituosa, a Prefeitura que não cuidou do calçamento, cabendo também à fábrica de automóvel chamar a fábrica de peças e esta, por sua vez, o fornecedor do material. (ob. cit., p. 91).

mente, gera a responsabilidade do garante. Em outras palavras, não é permitida, na denunciação, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato".[54]

Somente seria possível a denunciação nos casos de garantia *própria* – decorrente de transmissão de direito –, e não nas hipóteses de simples direito de regresso – chamado de garantia *imprópria*[55].

Essa concepção levou Celso Agrícola Barbi, em um primeiro momento, a concluir que não cabia a denunciação da lide à seguradora, pelo segurado, pois, no contrato de seguro, não há qualquer transferência de direito, mas, tão-só, obrigação de indenizar. O autor mineiro mudou de opinião, em seguida, para admitir a denunciação nestas hipóteses.[56-57] A denunciação da lide à seguradora, no entanto, é amplamente admitida na jurisprudência nacional.

É com base nesta linha de pensamento que não se admite a denunciação da lide ao servidor, pelo Estado, em demandas de responsabilidade civil – como o Estado responde objetivamente pelos prejuízos causados, a denunciação da lide introduziria fundamento jurídico novo, que é a responsabilidade subjetiva do servidor (art. 37, §6º, CF/1988).

Cassio Scarpinella Bueno, embora adepto da concepção restritiva, após examinar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conclui que "toda a vez que a ação indenizatória também se basear na existência de culpa, a denunciação ao agente público não destoará da mesma fundamentação da ação principal. Deve, pois, ser admitida nestes casos".[58] Afirma, ainda, ser possível a denunciação da

54. *Intervenção de terceiros*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 91.

55. "Direito de regresso. A ação de garantia não se caracteriza como mero direito genérico de regresso, isto é, fundado em garantia imprópria. Este não enseja a denunciação da lide, sob pena de ofenderem-se os princípios da celeridade e economia processual. Por direito de regresso, autorizado da denunciação da lide com base no CPC 70 III, deve-se entender aquele fundado em garantia própria". (NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.*" 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 375). O inciso III do art. 70 do CPC-1973 corresponde ao inciso II do art. 125 do CPC atual.

56. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 206.

57. Vicente Greco Filho defende, contudo, que, no caso de seguro contratual, é possível a denunciação da lide, desde que não haja, no contrato, cláusula de exclusão da garantia por risco extraordinário, ou por culpa grave do segurado, porque nestes casos aduzir-se-ia questão nova estranha à demanda originária". (*Intervenção de terceiros*, p. 91). Essa ressalva sofreu dura crítica de Cândido Dinamarco: "Mesmo assim a sua ressalva, colidindo com as premissas da tese restritiva, é arbitrária e desemboca num inevitável casuísmo, porque de antemão e *a priori* é praticamente impossível prever em quais hipóteses surgirão – e em quais não poderão surgir – controvérsias fáticas relacionadas com a denunciação da lide. Além disso, ficar-se-ia sempre na dependência dos termos da defesa trazida pelo réu e da instrução da causa. Mandaria a coerência, além do mais, que tanto a tese quanto a ressalva, para serem compatíveis com o sistema, se aplicassem ao inc. I, impedindo a denunciação da lide nas hipóteses em que houvesse cláusula restringindo a responsabilidade por evicção em situações extraordinárias" (*Intervenção de terceiros*, p. 181).

58. *Intervenção de terceiros: questões polêmicas*. 2ª ed. São Paulo: CPC, 2002, p. 115. Também neste sentido, Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2000, v.2, p. 183; ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 271.

lide, nestas hipóteses, quando o Estado, em sua defesa, alegar a tese de culpa do particular ou culpa concorrente, pois não haverá acréscimo na fase instrutória.[59]

> Cabe, contudo, apontar o posicionamento de Alexandre Câmara, para quem não é possível ao Estado denunciar a lide ao servidor porque, na verdade, seria o caso de chamamento ao processo, em razão da solidariedade passiva legal que haveria entre ambos (art. 927 do Código Civil)[60]. O STF, porém, no RE n. 327.904, rel. Min. Carlos Britto, considerou que o § 6º do art. 37 da CF/1988 consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer, não podendo ser demandado *per saltum* e diretamente pela vítima. A min. Cármen Lúcia acompanhou com reservas a fundamentação (j. em 15.8.2006, publicado no Informativo n. 436 do STF).

É inegável, porém, a força desta corrente restritiva. Há inúmeras decisões judiciais que a encampam, quase todas se valendo do argumento de que é impossível, na denunciação da lide, a introdução de fundamento jurídico novo.

3.5.3. A concepção ampliativa.

Seguindo a concepção de Cândido Dinamarco, Luiz Fux[61], Ada Pellegrini Grinover[62], Pontes de Miranda,[63] William Couto Gonçalves,[64] Arruda Alvim, Athos Gusmão Carneiro[65], Aroldo Plínio Gonçalves,[66] Alexandre Freitas Câmara,[67] Calmon de Passos, Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Jr.[68] etc.

A suma dos argumentos desta corrente pode ser extraída da obra de Cândido Dinamarco, que escreveu um trabalho com o declarado objetivo de contrapor a sua posição com a de Vicente Greco Filho.

Afirma-se que o direito brasileiro não consagra a distinção entre garantia *própria* e garantia *imprópria*. Trata-se de dicotomia encontrada no direito italiano, que

---

59. *Intervenção de terceiros: questões polêmicas*. 2ª ed. São Paulo: CPC, 2002, p. 115-116.
60. *Lições de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 203.
61. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.
62. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ação civil pública em matéria ambiental e denunciação da lide". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, abril-junho, n. 106, p. 16.
63. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 2, p. 146-147.
64. *Intervenção de terceiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 249.
65. *Intervenção de terceiros*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 94-97.
66. *Da denunciação da lide*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 236.
67. *Lições de Direito Processual Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, v. 1, p. 199-200.
68. *Curso de Direito Processual Civil*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 112-113.

prevê os remédios da *chiamata em garanzia* e a *intervento coatto*, respectivamente, para essas situações; na Itália existem duas vias processuais previstas, cada uma para uma espécie de garantia. "Aqui no Brasil, em que inexiste a dualidade de institutos associados a espécies de garantias, ou o sujeito denuncia a lide ao terceiro, ou nada poderá fazer. Aqui a denunciação da lide é posta, na lei e por toda a doutrina (rigorosamente, toda), como caso de intervenção coata, inexistindo uma intervenção coata diferente dela, à disposição da parte em caso de garantia simples".[69]

Cândido Dinamarco argumenta, ainda, que a introdução do inciso II do art. 125 do CPC se deu por força da pressão da doutrina e da jurisprudência, que sentiam a necessidade de um mecanismo processual que abreviasse a pretensão regressiva nas hipóteses de garantia imprópria – principalmente a dos segurados contra as seguradoras. Daí a redação aberta do inciso II do art. 125.[70] Na expressão de Barbosa Moreira, trata-se de dispositivo escrito em "termos louvavelmente genéricos"[71].

O texto da lei é claro quando utiliza a expressão "ação regressiva". Uma das hipóteses aventadas de garantia própria é a de quem se vê obrigado a pagar dívida alheia. Nesse caso, não há rigorosamente direito de regresso, assim como não seria regressiva a demanda do credor a esse título. Trata-se, segundo Dinamarco, de sub-rogação.

> Aqui, uma observação: pensamos não ser o caso de sub-rogação propriamente dita. Primeiro, porque o art. 304 do Código Civil, que expressamente confere o direito ao reembolso do que foi pago por terceiro não-interessado, nega a sub-rogação.[72] Segundo, porque não se encaixa a hipótese em nenhuma daquelas previstas no art. 346 do Código Civil. O caso, ao que parece, é de enriquecimento ilícito, que é o fato jurídico do dever de indenizar (art. 884 do Código Civil) e a causa de pedir da chamada ação de *in rem verso*.[73-74]

69. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 179. Também assim, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Da denunciação da lide*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.
70. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 180. Neste sentido, também com amplas considerações, Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 177-180.
71. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 85.
72. "De tal forma, se o terceiro não interessado paga em seu próprio nome, poderá cobrar do devedor o que pagou, mas não substituirá o credor em todas as suas prerrogativas. Assim, se havia uma hipoteca garantindo a dívida primitiva, o terceiro não desfrutará da mesma garantia real, restando-lhe, apenas, cobrar o débito pelas vias ordinárias" (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 124-125)
73. Art. 884 do Código Civil: "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".
74. "A figura do enriquecimento sem causa pode ser isolada como fonte autônoma das obrigações. Não é a lei que, direta e imediatamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é vontade do enriquecido que a produz. O fato condicionante é o locupletamento injusto. Evidentemente, o locupletamento dá lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação do enriquecido." (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 291).

Assim, a interpretação restritiva poderia levar a uma situação absurda: se o objetivo é restringir a denunciação da lide às situações de garantia própria, um dos principais exemplos ficaria de fora, porquanto de ação regressiva (expressão da lei, vista em sentido restrito) não se trataria. Eis mais um motivo para que se compreenda com largueza o dispositivo normativo.

Há outro argumento.

O chamamento à autoria, que, como visto, é o antepassado próximo da denunciação da lide, com ela não se confunde.

Enquanto aquele só cabia em caso de evicção (garantia própria), a denunciação da lide foi permitida genericamente, para "qualquer direito de regresso".

Os institutos, aliás, são bem diversos.

A denunciação da lide não é uma simples comunicação da pendência do processo (como era o chamamento à autoria), mas, sim o exercício incidental, antecipado e eventual de uma pretensão regressiva. A posição do litisdenunciado não é a de simples coadjuvante do denunciante em relação à demanda principal; é ele réu da demanda incidental. Não vige mais a regra, que era a do CPC-1939, de que a demanda regressiva se exercia em separado (art. 101 do CPC-1939).[75] Não se pode pensar a denunciação da lide pelo paradigma do chamamento à autoria, que somente cabia em hipótese de garantia própria.

Há, ainda, argumentos de eficiência processual, pois um só processo serve à resolução de mais de um problema, e da harmonia dos julgados, pois o mesmo juiz resolverá o conflito principal e o de regresso, evitando decisões conflitantes.[76]

> "não colhe o argumento em contrário, às vezes suscitado, de que a denunciação da lide ao funcionário introduz no processo novo 'thema decidendum', por depender da ocorrência de culpa ou dolo daquele o reconhecimento do direito regressivo da pessoa jurídica de direito público. Tal argumento prova demais, porque com a denunciação, em qualquer caso, se introduz novo 'thema decidendum'; questioná-lo equivaleria a pensar que algum denunciado fique impedido de defender-se negando a obrigação de reembolsar o denunciante, isto é, contestando o direito regressivo deste. Na verdade, a nenhum denunciado se recusa a possibilidade de contestá-lo".[77]

Assim, para essa concepção, "ação regressiva" (inciso II do art. 125 do CPC) é expressão que adquire sentido jurídico bastante largo: "envolveria direito a

75. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*, cit., p. 187-188.
76. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 182-183.
77. Voto proferido na AC 8.995, do TJRJ, ac. de 17.10.1979, publicado na Revista de Processo 34, p. 230, lembrado por Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de terceiros*, p. 95, nota. 64).

indenização, direito a reembolso, direito decorrente de sub-rogação, direito à garantia (própria ou imprópria), direito à repetição de pagamento indevido, direito à indenização por locupletamento ou enriquecimento ilícito etc".[78-79]

Essa concepção é a mais acatada doutrinariamente. Sem dúvida, do ponto de vista prático, é a orientação que apresenta os melhores resultados: simplificam-se as coisas, evitam-se discussões teóricas e prestigia-se o exercício da função jurisdicional.

3.5.4. A posição do Superior Tribunal de Justiça

Não há uma posição dominante no Superior Tribunal de Justiça sobre a extensão do inciso II do art. 125 do CPC.

Existe um bom número de acórdãos que adotam a concepção restritiva, sendo notórios os posicionamentos dos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Eliana Calmon, todos considerando que a admissão da denunciação da lide, quando importar acréscimo de atividade instrutória, comprometeria a razoável duração do processo e a economia processual. Ei-los: REsp 697566/PR 3ª.T. rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ de 14.11.2005 p. 319; REsp 661696/PR 2ª.T. rel. Min. Eliana Calmon publicado no DJ de 10.10.2005 p. 311; REsp 480231/SP 3ª.T. rel. Min. Castro Filho publicado no DJ de 11.04.2005 p. 228; REsp 142934/SP 4ª. T. Min. rel. Ministro Barros Monteiro publicado no DJ de 17.12.2004 p. 547; REsp 210607/RJ, 4ª. T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ de 04/02/2002, p. 369; REsp 228964/RS; rel. Min. Eliana Calmon, publicado no DJ de 08/10/2001, p. 196; REsp 433442/SP, 4ª. T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, publicado no DJ de 25/11/2002, p. 241; AGA 455093/RJ, 1ª. T., rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 07/10/2002, p. 205; REsp 411535/SP; STJ, 4ª. T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ de 30/09/2002, p. 267; REsp 80277/SP; rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ de 04/08/1997, p. 34.743; STJ, 3ª T., AgRg no Ag n. 1.115.054/RS, Rel. Min. Vasco Della Gisutina (Des. Convocado do TJRS), j. em 03.03.2011, publicado no DJe de 10.03.2011; STJ, 3ª T., AgRg no Ag n. 692.603/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 25.05.2010, publicado no DJe de 10.06.2010; STJ, 3ª T., REsp n. 1.043.612/RS, Rel. Min. Vasco Della Gisutina (Des. Convocado do TJRS), j. em 01.10.2009, publicado no DJe de 30.11.2009.

Mas também se prestigia a posição contrária: admite-se a denunciação da lide, mesmo que sirva de veículo de demanda de pretensão regressiva fundada em

78. SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 116.

79. "Temos que há direito regressivo toda vez que vai a pessoa buscar das mãos de outrem aquilo de que se desfalcou ou foi desfalcado o seu patrimônio para reintegrá-lo na posição anterior, com a satisfação do pagamento ou da indenização devida. Em outras palavras: há ação regressiva toda vez que por força da sucumbência em juízo, se terá o direito de haver de alguém o ressarcimento do prejuízo sofrido". (PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Denunciação da lide". *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 23, p. 320.)

garantia imprópria. Ei-los: REsp 439788/SP 4ª. T. Min. Aldir Passarinho Junior publicado no DJ de 29.09.2003 p. 256; REsp 163096/SP, 1ª. T., rel. Min. Milton Luiz Pereira, publicado no DJ de 18/02/2002, p. 239; REsp 16024/DF, 1ª. T., rel. Min. Garcia Vieira, publicado no DJ de 28/06/1993, p. 12.858; REsp 156289-SP, 1ª. T., rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 02/08/1999, p. 143; REsp 170314-SP, 2ª. T., rel. Min. Ari Pargendler, publicado no DJ de 24/08/1998, p. 64; REsp 235182-RJ, 1ª. T., rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 28/02/2000, p. 67.

Há, no entanto, uma posição consagrada e aceita, ao que parece, pela unanimidade dos ministros: se se chegar à conclusão, em certo momento, de que seria cabível a denunciação da lide cujo processamento fora inadmitido, isso não leva à necessidade de que o processo principal seja anulado para que o litisdenunciado seja citado, repetindo-se todos os atos processuais. A invalidação dos atos já praticados importaria prejuízo desproporcional. Em casos tais, a pretensão regressiva permaneceria incólume, admitindo-se a propositura de ação autônoma em face do terceiro contra quem seria possível promover a denunciação da lide.

3.5.5. Síntese conclusiva: a nossa opinião

Não há como chegar a outra conclusão: a solução que se dá ao problema da admissibilidade da denunciação da lide é casuística. Existem as duas concepções, muito bem construídas e defendidas, cada uma puxando para um lado, como vetores de sentidos opostos. É no caso concreto, contudo, que se medem as forças.

Não é possível vetar, em abstrato, a admissibilidade da denunciação da lide em hipóteses de garantia imprópria (simples direito de regresso). Nada há no texto legal que aponte nesse sentido, tampouco os antecedentes legislativos lhe servem de apoio. De fato, o propósito realmente foi o de permitir o exercício eventual e incidental da pretensão regressiva, qualquer que seja ela, em um mesmo processo.

Mas não se pode negar que, de fato, a denunciação da lide implica um incremento da carga cognitiva do magistrado, seja pelo acréscimo de pedido novo, seja pela ampliação do *thema probandum*: fatos novos são deduzidos, os quais, muita vez, dependerão de um meio de prova distinto daquele que seria inicialmente utilizado (como uma perícia ou inspeção judicial, por exemplo).

Essa situação dificulta, indiscutivelmente, a prestação da tutela jurisdicional para o adversário do denunciante – e a situação do particular envolvido em demanda contra o Poder Público, que pretende exercer sua pretensão regressiva contra o servidor pela denunciação da lide, serve bem como exemplo. Esse "prejuízo" é percebido e é significativo. A simples constatação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já nos revela como este tribunal o tem levado em consideração, para não permitir a denunciação da lide nestas situações. Além disso, como

aponta Athos Gusmão Carneiro, embora seja permitida a ocorrência de denunciação sucessiva, pode o magistrado indeferi-la, "naqueles casos em que venha a ocorrer demasiada demora no andamento do feito, com evidente prejuízo à parte adversa ao denunciante originário"[80].

A constatação da pertinência dos principais argumentos das correntes contrapostas é o suficiente para que se perceba a impossibilidade de obtenção de soluções apriorísticas, quer pela ampla admissão, quer pela proibição em hipóteses de garantia imprópria. Não há vedação legal expressa, isso é fato; mas o magistrado, aplicando a máxima da proporcionalidade, verificará, no caso concreto, se a admissão da denunciação da lide pode comprometer a duração razoável do processo, a ponto de não valer a pena a economia processual que por ela se busca alcançar; se isso ocorrer, inadmissível, *in concreto*, a denunciação, restando ao prejudicado exercer por via autônoma a sua ação regressiva[81].

3.6. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo autor (arts. 126-127, CPC)

Quando o autor for quem se alega titular da pretensão regressiva, a denunciação será promovida na própria petição inicial, formando-se entre o réu da demanda principal e o denunciado um litisconsórcio eventual inicial (art. 126, CPC).

Será feita em primeiro lugar a citação do denunciado (art. 127, CPC).

O denunciado poderá:

a) defender-se: negando a sua qualidade, quando então o autor prosseguirá sozinho com a ação contra o réu e terá assegurado, mesmo assim, o direito a ver solucionado na sentença final o seu direito de regresso em face do denunciado;

b) comparecer e assumir a posição de litisconsorte ativo: caso em que poderá aditar a petição inicial (essa modificação não pode alterar substancialmente o próprio pedido formulado, ou cumular pedidos outros), agregando novos argumentos e/ou trazendo novas provas (art. 127, CPC);

c) permanecer inerte: quando será reputado revel na demanda regressiva.

Depois de tudo isso, cita-se o réu da demanda principal.

---

80. *Intervenção de terceiros.* 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110. O mesmo autor cita julgado do STJ, de que foi relator, em que se consagrou este entendimento: Resp n. 9.876, publicado na RSTJ 24, p. 466.
81. Neste sentido, acolhendo expressamente nossa argumentação, STJ, 2ª T., Resp n. 975.799/DF, rel. Min. Castro Meira , j. em 14.10.2008 , publicado no DJe de 28.11.2008 .

3.7. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo réu (arts. 126 e 128, CPC)

Quando o réu for quem se alega titular da pretensão regressiva, terá ele de oferecer a denunciação e requerer a citação do denunciado *na contestação* à ação principal (art. 126, CPC).

Se o denunciado contestar o pedido formulado pelo autor, o processo prosseguirá de um lado com o autor, e de outro, como *litisconsortes*, denunciante e denunciado (art. 128, I, CPC). Lembre-se que esse litisconsórcio é unitário.

Se o denunciado for revel, o denunciante pode deixar de prosseguir com sua defesa, que já tenha apresentado, e abster-se de recorrer, restringindo a sua atuação à ação regressiva (art. 128, II, CPC). O dispositivo é importante, pois permite que o denunciante, que é litisconsorte do denunciado na ação principal, pratique condutas *determinantes* (abdicar da defesa já apresentada ou deixar de recorrer), tendo em vista a revelia do denunciado.

> A redação do inciso II do art. 128, combinada com a revogação do par. ún. do art. 456[82] do Código Civil (art. 1.072, II, CPC), encerra a discussão sobre qual seria o comportamento devido pelo denunciante no caso de revelia do denunciado. A redação do inciso II do art. 75 do CPC-1973 dava a entender que o denunciante, a despeito da revelia do denunciado, permanecia obrigado a continuar defendendo-se em juízo, sob pena de não poder exercer a pretensão regressiva contra o denunciado revel. A situação era absurda. O par. ún. do art. 456 do Código Civil tentava minimizar o absurdo, mas a redação era muito ruim. Agora, a refrega doutrinária não mais se justifica. Discussão enterrada. Menos uma. Ainda bem[83].

Se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor na ação principal, poderá o denunciante prosseguir na sua própria defesa (art. 128, III, CPC). A regra é correta, pois a confissão de um litisconsorte (denunciado) não pode prejudicar o outro (art. 391 do CPC). Se, por acaso, aderir à confissão do denunciado, o denunciado pode restringir a sua atuação a pedir a procedência da ação de regresso.

4. CHAMAMENTO AO PROCESSO.

O chamamento ao processo (não confundir com o chamamento à autoria, instituto antigo, que redundou na atual denunciação da lide) é instituto criado pelo CPC-1973 e reproduzido no CPC atual.

---

82. Parágrafo único do art. 456 do Código Civil, atualmente revogado: "Não atendendo o alienante à denunciação da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos".

83. Sobre a discussão, cujo interesse atual se justifica para estudos de história do direito, DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, v. 1, p. 407-414.

A sua principal finalidade é alargar o campo de defesa dos fiadores e dos devedores solidários, possibilitando-lhes, diretamente no processo em que um ou alguns deles forem demandados, chamar o responsável principal, ou os corresponsáveis ou coobrigados, para que assumam a posição de litisconsorte, ficando todos submetidos à coisa julgada.

Trata-se de intervenção de terceiro provocada apenas pelo *réu*, cabível apenas no processo de conhecimento, que se funda na existência de um vínculo de solidariedade entre o chamante e o chamado. O réu deve promover o chamamento ao processo na contestação

É instituto criado em benefício do réu. Neste sentido, revela uma desarmonia entre o direito material e o direito processual. É que, conforme regra antiga, havendo solidariedade passiva, pode o credor exigir toda a dívida de qualquer um dos codevedores (art. 275 do Código Civil). Este benefício é-lhe retirado, na medida em que pode o devedor solidário demandado trazer ao processo o outro devedor, que por opção do autor-credor não havia sido colocado como parte ré, impondo ao demandante prosseguir no processo em face de quem, a princípio, não demandara.

> "...tudo isso nos leva à conclusão de que o legislador processual está retirando com a mão esquerda aquilo que o legislador material deu ao credor com a direita, suprimindo, na prática, o benefício que a lei civil lhe concede".[84]

Os chamados devem ao credor/autor, não ao chamante. Não se trata, pois, de exercício de ação regressiva do chamante contra o chamado, mas apenas de convocação para a formação de litisconsórcio passivo. Não há ampliação do objeto litigioso do processo. Cândido Dinamarco, Marcelo Abelha Rodrigues, Nelson Nery Jr. etc. entendem, porém, que o chamamento ao processo é hipótese de ampliação objetiva do processo, com exercício de demanda incidental de regresso.

> Observe que as pessoas que podem ser chamadas ao processo têm sempre alguma obrigação perante a parte contrária; têm, consequentemente, legitimidade passiva ordinária: poderiam até mesmo ter sido demandadas inicialmente pelo autor.[85]

O litisconsórcio que se forma é ulterior, passivo e facultativo. Será unitário ou simples, a depender da indivisibilidade do bem objeto da obrigação: já se viu que

---

84. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 89. Dinamarco, entretanto, defende o instituto: "proceder a uma instrução mais ampla e, por isso, mais demorada que aquele que se daria se não ocorresse a pluralização de partes no processo. Isso só deporia contra o instituto, porém, se se partisse da nefasta premissa inerente ao método do processo civil do autor, hoje repudiado por todos que buscam um processo de resultados e propugnam pela busca do maior proveito útil possível ao exercício da jurisdição."

85. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Cit, p. 421.

nem sempre a solidariedade implica unitariedade, que dependerá da natureza do bem jurídico (se indivisível, unitário; se divisível, simples).

Só cabe o chamamento ao processo se, em face da relação material deduzida em juízo, o pagamento da dívida pelo chamante dê a este o direito de reembolso, total, ou parcial, contra o chamado. Isso não quer dizer que o chamamento ao processo implique demanda regressiva (para buscar o quinhão que cabe a cada um na solidariedade passiva), à semelhança do que ocorre com a denunciação da lide. O chamado, codevedor que é, pode, ao final, pagar a dívida (com a expropriação de bens que compõem o seu patrimônio) e, então, é ele que se voltará, regressivamente, só que contra o chamante.

O objetivo da lei é a inclusão de todos (chamante e chamados) na mesma condenação, porque o título que se forma é judicial e a sua execução só pode ser dirigida em face dos que participaram do seu processo de formação. O ato decisório do juiz representará título executivo certo para o credor e condicional para o devedor que satisfizer a dívida: para aquele que cumprir a condenação, a sentença consubstanciar-se-á em título executivo, sem a necessidade de maiores delongas (art. 132 do CPC).[86] A sentença, embora certa quanto à condenação de todos os devedores, é incerta quanto à legitimação para a execução, que só será deferida àquele que satisfizer a dívida[87].

Eis os casos de chamamento ao processo previstos no art. 130 do CPC:

a) na ação promovida contra o fiador, este poderá chamar o afiançado (perceba, não cabe chamamento do fiador na hipótese de o devedor principal ser demandado, pois não há possibilidade de regresso do devedor em face do fiador): ganhará a vantagem do título executivo bem como de exercitar o benefício de ordem, nomeando bens livres e desembargados do devedor à penhora;

b) quando duas ou mais pessoas prestam fiança relativamente a um mesmo débito, em regime de solidariedade, e o credor resolve cobrar a dívida de apenas um dos fiadores, poderá este chamar ao processo seu cofiador. Poderá chamar, também, o devedor principal;

c) é admissível o chamamento ao processo de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum. Pela lei civil, o credor poderá escolher dentre os devedores solidários, aquele contra quem exercerá a pretensão executória.[88]

---

86. "Art. 132. A sentença de procedência valerá como título executivo em favor do réu que satisfizer a dívida, a fim de que possa exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou, de cada um dos codevedores, a sua quota, na proporção que lhes tocar".
87. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros*, cit., p. 47.
88. Enunciado n. 351 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "A renúncia à solidariedade em favor de determinado devedor afasta a hipótese de seu chamamento ao processo".

> Todos são exemplos de casos típicos de ação regressiva não exercitáveis pela denunciação da lide. Enquadrou-os o legislador como casos de chamamento ao processo. Não se aplica, ainda, a denunciação da lide. Ademais, entre os chamados e a parte adversa, como já se disse, há relação jurídica direta, o que inexiste nas hipóteses de denunciação. Perceba que não há exercício do direito de ação, mas mera provocação de intervenção. Trata-se de exemplo clássico de ampliação subjetiva ulterior, autorizada por lei.[89-90]

O STJ, *em julgamento de recursos especiais repetitivos*, não aceitou o chamamento ao processo da União feito pelo Estado-membro, no caso de ação para fornecimento de medicamento. Entendeu que o art. 77, III, CPC-1973 (correspondente ao inciso III do art. 130 atual), referia-se apenas às obrigações solidárias pecuniárias, não admitindo interpretação extensiva para as obrigações de entregar coisa certa (1ª. S., REsp n. 1.203.244-SC, **Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 9.4.2015**) O STF também não admitiu esse chamamento ao processo, com fundamentação mais inespecífica, relacionada à duração razoável do processo (1ª T., AgRg no RE n. 607.381, rel. Min. Luiz Fux, j. em 31.05.2011, publicado no DJe de 17.06.2011).

5. DENUNCIAÇÃO DA LIDE E CHAMAMENTO AO PROCESSO EM CAUSAS DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor traz dois artigos que tratam especificamente sobre a denunciação da lide e o chamamento ao processo nas causas de consumo. Não há distinção, quanto ao tratamento do tema, entre causas de consumo coletivas e individuais. A análise que se faz, a partir de agora, serve à resposta do seguinte problema: em que medida é possível a utilização da denunciação da lide ou do chamamento ao processo em causas (coletivas ou individuais) de consumo?

A doutrina, de um modo geral, posiciona-se pela inadmissibilidade de denunciação da lide em causas de consumo.

Basicamente, três são as linhas de argumentação:

a) seria incompatível com o sistema de responsabilidade civil objetiva implementado pelo CDC, pois, pela denunciação da lide, introduzir-se-ia fundamento jurídico novo, o que seria vedado – de acordo com a concepção restritiva;

b) a denunciação da lide, pelo fornecedor, em causas de consumo, comprometeria a prestação efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional, o que prejudicaria, "por tabela", o consumidor;

89. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit, p. 413.
90. FUX, Luiz. *Intervenção de Terceiros (Aspectos do Instituto)*, cit, p. 45.

c) a existência do art. 88 do CDC, que veda a denunciação da lide nas causas de consumo, na hipótese de pretensão regressiva fundada na responsabilidade por fato do produto (arts. 12 e 13 do CDC).[91]

Em relação ao argumento "a", já o enfrentamos, quando examinamos a extensão que se deve dar ao inciso II do art. 125 do CPC: a solução deve ser casuística.

Agora, ao argumento "b".

Não se pode proibir a denunciação da lide, em tese, sob o argumento de que se trata de instituto que compromete a prestação tempestiva da tutela jurisdicional (argumento "b"). Se o instituto fosse, essencialmente, tão nefasto, deveria ser proscrito de todo o sistema – e não somente da tutela jurisdicional das relações de consumo. Conforme dissemos, o caso não é para soluções "em tese", "abstratas", "apriorísticas". Como o legislador não cuidou de proibir o instituto – veremos que o art. 88 do CDC não trata da denunciação da lide –, não nos parece possível esta interpretação.

Vejamos, então, o último argumento.

A literalidade do art. 88 do CDC é clara ao vedar a denunciação da lide, nas hipóteses do art. 13 do mesmo CDC.[92] Assim, o fornecedor demandado por um fato do produto não poderia denunciar a lide ao fabricante, construtor, produtor ou qualquer outro agente que componha a cadeia da relação de consumo; a ele somente restaria a propositura de demanda regressiva autônoma, que poderia dar-se nos mesmos autos. Este artigo aplica-se tanto à tutela individual como à tutela coletiva dos direitos do consumidor, conforme já foi alertado. Examinemos as principais questões que surgem na aplicação desse dispositivo.

Em primeiro lugar, cumpre observar se a situação prevista no art. 88 do CDC enseja realmente denunciação da lide.

É que, por força do parágrafo único do art. 7º do CDC, há responsabilidade solidária de todos aqueles que tenham participado da cadeia produtiva (produtor, importador, distribuidor etc.).

Ora, como hipótese de responsabilidade solidária, a modalidade interventiva cabível é o chamamento ao processo (art. 130 do CPC), e não a denunciação da lide.

---

91. Ver, neste sentido, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 296; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1.893; JORGE, Mario Helton. "Da denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, n. 108, p. 38-42.
92. Entendendo pela inadmissibilidade da denunciação da lide em causas de consumo, STJ, 3ª T., AgRg no AREsp n. 195.165/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 23.10.2012, publicado no DJe de 14.11.2012.

De fato, o caso seria de chamamento ao processo.[93-94] *Na verdade, não obstante a letra da lei, a proibição não diz respeito à denunciação da lide, mas, sim, ao chamamento ao processo*. A razão da proibição, aliás, é muito simples.

O chamamento ao processo é modalidade interventiva que beneficia, unicamente, o devedor solidário demandado, em detrimento do credor-autor, que terá de demandar contra quem, a princípio, embora pudesse fazê-lo, não quis promover a demanda. Além disso, a cadeia produtiva por vezes é muito comprida; admitir-se o chamamento ao processo, nesses casos, poderia implicar a possibilidade, ao menos teórica, de formação de um litisconsórcio facultativo passivo muito grande, também aqui em detrimento, obviamente, do consumidor-autor. O legislador antecipou-se ao aplicador da norma: procedeu à adequação subjetiva do regramento processual das causas de consumo, impedindo a utilização desta modalidade de intervenção de terceiro.

Outra dúvida é quanto à extensão da proibição: o art. 88 do CDC somente faz referência às demandas que versam sobre responsabilidade por fato do produto; não menciona aquelas relacionadas à responsabilidade por fato do serviço (art. 14 do CDC), por vício do produto ou do serviço (arts. 18 e segs. do CDC). Fica a dúvida, então: proíbe-se de forma generalizada a "denunciação da lide" (*sic*) ou a vedação se dá apenas nas restritas situações previstas no dispositivo do art. 88?

Já se observou que a redação do art. 88 do CDC não é muito feliz, ao referir-se à denunciação da lide quando era caso de chamamento ao processo. A remissão apenas aos casos de responsabilidade por fato do produto, e não aos demais, contudo, não se justifica. É que também nas outras hipóteses de responsabilidade podem existir vários responsáveis – fornecedores que compõem a cadeia de consumo –, cuja permissão de ingresso em juízo, contra a vontade do consumidor-autor (que não os escolheu como réus, embora pudesse fazê-lo, repita-se, em razão da solidariedade), poderia ser-lhe bastante prejudicial. A analogia, aqui, se impõe.

Ainda sobre o chamamento ao processo nas causas de consumo, cabem algumas palavras sobre o art. 101, II, CDC.

A intervenção com base em contrato de seguro será, no mais das vezes, a denunciação da lide, porquanto não possua a empresa seguradora vínculo de direito material com o adversário do denunciante segurado. Sucede que o Código de Defesa do Consumidor, como forma de ainda mais bem tutelar os direitos do consumidor,

93. Também assim, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 296; JORGE, Mario Helton. "Da denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, n. 108, p. 38-42.

94. A confusão que se faz entre denunciação da lide e chamamento ao processo pode ser solucionada à luz do direito material. "na denunciação existe vínculo jurídico no plano material apenas entre denunciante e denunciado; no chamamento, os chamados são devedores do credor comum, não do chamado". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 112).

criou uma figura nova do chamamento ao processo em casos de seguro (art. 101, II, do CDC).[95]

Na verdade, o CDC adotou expressamente a concepção doutrinária que admitia a "condenação direta" do denunciado, mesmo não havendo relação jurídica entre ele e o adversário do denunciante, sob o fundamento de que o CPC trata o denunciado como litisconsorte do denunciante – posição essa que acabou por ser encampada pelo CPC, no parágrafo único do art. 128.

O STJ tem inúmeros precedentes admitindo a condenação direta da seguradora-denunciada (ver, por exemplo, com boa resenha, REsp n. 188.158-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 15.6.2004).[96] Para evitar discussões, o CDC optou por rotular a intervenção, que seria denunciação da lide, de chamamento ao processo, para permitir que o consumidor possa executar a sentença diretamente contra a seguradora (art. 132 do CPC).

Eis, por enquanto, o quadro: somente é admissível, nas causas de consumo, inclusive as coletivas, o chamamento ao processo de que cuida o inciso II do art. 101, CDC; as demais hipóteses ficam proibidas, por força do art. 88 do CDC. Em relação à denunciação da lide, não vemos qualquer proibição em tese: é no caso concreto, à luz de suas peculiaridades, que o problema deve ser resolvido.

6. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

6.1. Generalidades

O direito brasileiro consagrou o instituto da desconsideração da pessoa jurídica (art. 50, Código Civil; art. 28, CDC, p. ex.).

> Não confundir com a *despersonalização*, que é sanção de extinção da pessoa jurídica, que pode ser aplicada, por exemplo, quando se cria uma associação para fins ilícitos.

95. "Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: (...) II – o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este". A referência que o art. 101, II, CDC, faz ao art. 80 do CPC-1973 deve ser compreendida como ao art. 132 do CPC-2015 (art. 1.046, §4º, CPC).

96. O Código Civil traz dispositivo semelhante, para os casos de seguro-obrigatório: "Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório". Ver, ainda, STJ, 4ª T.,REsp n. 699.680/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 29.06.2006, publicado no DJ de 27.11.2006, p. 288.

Cumpre ao direito processual, então, criar os mecanismos para efetivá-lo. É preciso, portanto, *processualizá-lo*.

Para tanto, o CPC previu um incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de intervenção de terceiro, pois se provoca o ingresso de terceiro em juízo – para o qual se busca dirigir a responsabilidade patrimonial.

> A desconsideração da personalidade jurídica pode ser requerida já na petição inicial. Nesse caso, dispensa-se a instauração do incidente. É que não haverá intervenção de terceiro: o processo já instaurado contra o sócio ou a pessoa jurídica (art. 134, §2º, CPC).

Corretamente, o CPC não cuidou das hipóteses de desconsideração, que serão definidas em lei específica (art. 133, §1º, CPC). O CPC apenas regula o modo de aplicar-se a sanção da desconsideração da personalidade jurídica no processo.

Antes de esmiuçar as peculiaridades dessa intervenção de terceiro, convém tecer algumas considerações sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

6.2. A desconsideração da personalidade jurídica: suas origens como instrumento de supressão do privilégio da limitação da responsabilidade[97]

O caso inglês *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.* [(1897) AC 22] é provavelmente o mais famoso caso judiciário em direito societário. Ele é visto como a "pedra fundamental" da doutrina da autonomia da pessoa jurídica.[98]

Habitualmente, ele é citado como o *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, embora apenas a primeira decisão[99] e a decisão da Corte de Apelação[100] tenham realmente sido nesse sentido. A decisão final – dada pela *House of Lords* – reverteu a decisão da Corte de Apelação e garantiu a autonomia da pessoa jurídica.

Aron Salomon era um fabricante de botas de couro e sapatos na segunda metade do Século XIX. Após trinta anos de atividade como empresário individual, ele conseguiu amealhar riqueza considerável. No final do Século XIX, seus filhos mais velhos quiseram associar-se à empresa. Aron Salomon, então, constituiu em 1892 uma sociedade cujos sócios tinham responsabilidade limitada. Ele, a esposa e os cinco filhos mais velhos subscreverem capital. Aron Salomon integralizou sua parte

97. Item extraído de DIDIER Jr., Fredie; ARAGÃO, Leandro. "A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral". *Processo societário*. Flávio Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2012.

98. SCANLAN, G. "The Salomon Principle", *in Company Lawyer* (2004), volume 25, n. 7, p. 196; HOOD, Parker. "Salomon's case and the single 'business organization'", in *Journal Business* Law, jan. 2001, p. 58-61; HOWELL, Claire. "Salomon under attack", in *Company Lawyer*, 2000, vol. 21, n. 10, p. 310-314.

99. *Broderip v Salomon* [1893] B 4793

100. *Broderip v Salomon* [1895] 2 Ch. 323

no capital social com o próprio negócio do qual era proprietário individual, tendo recebido, ainda, alguns títulos como dívida da sociedade constituída para com ele.

Após uma série de greves, o governo inglês, que era o principal cliente de Salomon, resolveu diversificar seus fornecedores de sapatos e botas de couro. Os estoques da *A. Salomon Ltd.* cresceram exponencialmente e não se conseguiu dar vazão à produção. A sociedade entrou em dificuldades financeiras. Os aportes feitos pelo próprio Salomon, pela esposa e por um terceiro (. Edmund Broderip, que emprestou 5.000 libras para a sociedade e recebeu títulos de dívida – "debêntures" – remunerados com 10% de juros) também não foram suficientes para reerguer a sociedade. Na segunda metade de 1893, a sociedade entrou em liquidação.

A discussão, a partir daí, passou a ser sobre a imputação de responsabilidade ao Aron Salomon pelo pagamento das dívidas da sociedade insolvente.

As decisões iniciais consideraram que era possível estender a responsabilidade para Aron Salomon, já que ele teria abusado dos privilégios da constituição da sociedade (autonomia da pessoa jurídica) e da responsabilidade limitada. A sociedade seria um "artifício para fraudar credores" e um mero *trustee* de Aron Salomon. Porém, a decisão final, proferida pela Câmara dos Lordes, foi unânime em defender a legalidade da constituição da sociedade por Aron Salomon, sendo ainda indiferente o fato de esse ter quase a totalidade do capital social sob seu domínio. Essa decisão sustentou firmemente a doutrina da personalidade jurídica e, principalmente, da responsabilidade limitada, tal como estabelecido na Lei das Sociedades inglesa de 1862. A *Aron Salomon Ltd.* fora legalmente constituída, razão pela qual os credores de uma sociedade insolvente não poderiam processar os sócios por dívidas daquela por conta da limitação da responsabilidade dos sócios ao montante aportado na sociedade a título de integralização do capital. Assim, mais do que incentivar ou estabelecer critérios para a desconsideração da personalidade jurídica, o caso *Salomon v. A. Salomon Ltd.* reforçou a limitação de responsabilidade dos sócios. Essa parte da história é constantemente negligenciada em alguns livros jurídicos.

Nota-se, assim, que o debate sobre a desconsideração da personalidade jurídica no caso inglês acima citado só se deu por conta da existência da limitação da responsabilidade.

Existem várias outras evidências históricas de que a desconsideração da personalidade jurídica surgiu como técnica para suspender episodicamente o privilégio da limitação da responsabilidade, e não a personalidade jurídica.[101] A limitação da responsabilidade tem suas origens vinculadas a critérios de conveniência econômica, não tendo relação alguma com o tema da personalidade jurídica.

101. WORMSER, I. Maurice. *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*. New York: Baker, Voorhis and Company, 1927 (Reprinted 2000), p. 1-41.

Isso assim o é porque limitação da responsabilidade não é elemento constitutivo da personalidade jurídica.

Pode existir personalidade jurídica independentemente do alcance obrigacional da responsabilidade daqueles que formam o ente jurídico. A responsabilidade limitada e a responsabilidade ilimitada não são determinantes para a existência da autonomia da pessoa jurídica. Apenas algumas delas são caracterizadas pela limitação da responsabilidade obrigacional das pessoas que as formam.

Aliás, a técnica da desconsideração da personalidade jurídica só veio a surgir no final do Século XIX como consequência de todo o debate que se travou nesse século a respeito da limitação da responsabilidade dos sócios nas formas societárias. No século XIX, foram editados, no Reino Unido, os primeiros diplomas legais que conferiam responsabilidade limitada aos sócios como a *Joint Stock Companies Act* de 1844 e a *Limited Liability Act* de 1855 e isso foi determinante para o debate no qual emergiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.[102]

Assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não surgiu por conta do "mau uso" da pessoa jurídica; ela emergiu como um instrumento destinado a suprimir o privilégio da limitação da responsabilidade em determinados contextos.[103]

Feito esse ajuste de origem, é importante dizer que, hoje, a construção doutrinária a respeito da teoria de desconsideração da personalidade jurídica alargou significativamente seu alcance, para incluir tipos de desconsideração que não mais guardam, necessariamente, relação com a questão da supressão da responsabilidade limitada.

Nem todos os tipos de desconsideração da personalidade jurídica catalogados pela doutrina alemã – desconsideração atributiva, desconsideração para fins de responsabilidade, desconsideração em sentido inverso, desconsideração em benefício do sócio[104] – e acolhidos pela doutrina brasileira guardam relação com a ideia de origem.

6.3. A desconsideração da personalidade jurídica: a construção doutrinária brasileira

Na doutrina brasileira, que absorveu o trabalho pioneiro do alemão Rolf Serick dos anos 50 do século XX, a desconsideração da personalidade jurídica é vista como um remédio para a disfuncionalidade da pessoa jurídica.

102. MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *A Companhia – breve história de uma ideia revolucionária*. Tradução de S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 80-89; HUNT, Bishop Carleton. *The development of the business Corporation in England, 1800-1867*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.

103. Walfrido Jorge Warde Jr. chega a essa conclusão, que adotamos (WARDE JR., Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 187 e ss.)

104. Sobre esses tipos de desconsideração da personalidade jurídica, cf. amplamente: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 244-251.

De um modo quase uniforme, a doutrina vê a função social da propriedade como fundamento para desconsideração da personalidade jurídica.[105]

Fábio Konder Comparato está nesse conjunto doutrinário, já que, para ele, há um "poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos".[106] Flávia Lefèvre Guimarães posicionou-se também no sentido de que a personalidade jurídica (das sociedades empresariais) é manifestação do direito de propriedade, devendo, da mesma maneira, obedecer à sua função social.[107]

A pessoa jurídica é, portanto, um instrumento técnico-jurídico desenvolvido para facilitar a organização da atividade econômica. É técnica criada para o exercício da atividade econômica e, portanto, para o exercício do direito de propriedade. A chamada *função social da pessoa jurídica* (*função social da empresa*) é corolário da função social da propriedade. Se assim é, o caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina[108]. Qualquer desvio ou abuso deve dar margem para a aplicação da sanção contida na desconsideração da personalidade jurídica, segundo a doutrina brasileira.

O estudo da *desconsideração da personalidade jurídica* feito pela doutrina brasileira adota, portanto, a seguinte premissa: é indispensável a análise funcional do instituto da pessoa jurídica[109], a partir da análise também funcional do direito de propriedade, para que se possa compreender corretamente a *desconsideração*, que, em Teoria Geral do Direito, é *sanção* aplicada a ato ilícito (no caso, a utilização abusiva da personalidade jurídica).

Ainda segundo a doutrina brasileira, a *teoria da desconsideração* não tem por finalidade extinguir a pessoa jurídica — trata-se de uma técnica de suspensão

105. COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 139, nota 25.

106. COMPARATO, Fábio Konder. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção". *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34.

107. GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 24. Ainda: "Deve, porém, ter-se presente que a pessoa jurídica é instrumental. Sua reconhecida autonomia não a transforma num ente abstrato e totalmente alheio às pessoas dos sócios. Basta verificar que, pertencendo aos sócios tanto o capital quanto os frutos do capital, o patrimônio da pessoa jurídica é, através da ação ou quota social, expressão também do patrimônio dos sócios". (AMARO, Luciano. "Desconsideração da pessoa jurídica no CDC". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 5, p. 169). Também: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Por fim: COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 267-268.

108. "Trata-se de uma técnica de incentivação, pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1987, p. 49).

109. Para uma ampla visão das teses funcionalistas, com ampla citação de doutrina alemã, cf.: OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 259-555.

episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída.[110]

Chama-se desconsideração inversa a técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar bens no patrimônio da pessoa jurídica, por dívidas contraídas pelo sócio.

> Procedendo à desconsideração inversa, STJ, 3ª. T., REsp n. 1.236.916, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.10.2013, publicado em 28.10.2013: "3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. 4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva".

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não pretende eliminar o histórico princípio da separação dos patrimônios da sociedade e de seus sócios, mas, contrariamente, servir como mola propulsora da *funcionalização da pessoa jurídica*, garantindo as suas atividades e coibindo a prática de fraudes e abusos através dela. Ela atua episódica e casuisticamente.[111]

É importante frisar, curiosamente, que a aplicação da *teoria da desconsideração* pressupõe a prática de atos aparentemente lícitos (ao menos aparentemente).

Aplica-se a teoria da desconsideração, apenas, se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária colocar-se como obstáculo à justa composição dos interesses; se a autonomia patrimonial da sociedade não impedir a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe desconsideração. Uma regra geral que atribua responsabilidade ao sócio, em certos ou em todos os casos, não é regra de desconsideração da personalidade jurídica.

Como visto, o método da desconsideração caracteriza-se por ser casuístico/episódico[112].

---

110. Conforme ensina Rubens Requião: "O mais curioso é que a 'disregard doctrine' não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas e os bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos". ("Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, n. 410, p. 14.)

111. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 263.

112. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, cit., p. 108.

Enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito; torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador: se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração. A personalidade jurídica é desconsiderada quando não se puder imputar diretamente o ato fraudulento ao sócio; o ato era aparentemente lícito. Não se deve falar em *desconsideração da personalidade jurídica* quando o sócio já for responsável pela dívida societária, de acordo com o regime de responsabilidade patrimonial do tipo de sociedade de que faz parte (limitada ou ilimitada, por exemplo).

A desconsideração pode atingir o sócio ou outra pessoa jurídica do mesmo grupo societário. No caso da desconsideração inversa, a desconsideração atinge a pessoa jurídica.

As hipóteses que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil, p. ex.) são ilícitos caducificantes.[113] Praticada qualquer uma das condutas apontadas no sistema jurídico como contrárias ao direito, estará caracterizado o ato ilícito cujo efeito sobre o sócio ofensor é a perda do direito de ter sua responsabilidade limitada.

> A desconsideração da personalidade jurídica não afasta, por si só, as regras de impenhorabilidade do bem de família do sócio (STJ, 4ª T., RESp. n. 1.433.636-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 02.10.2015).

6.4. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica possui algumas características dignas de nota.

a) Cabe em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial (art. 134, *caput*, CPC). Assim, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância desse procedimento – mesmo na execução de título extrajudicial e no cumprimento de sentença.

b) A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser determinada *ex officio* pelo órgão julgador. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, nos casos que justificam a sua intervenção (art. 133, CPC).

> De acordo com o inciso VI do art. 932 do CPC, cabe ao relator decidir o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, quando formulado perante o tribunal.

113. Sobre a classificação eficacial dos ilícitos, BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

c) Nada obstante ser exemplo de intervenção de terceiro, admite-se a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (art. 1.062, CPC).

d) O requerimento de desconsideração da personalidade jurídica será dirigido ao sócio ou à pessoa jurídica, cujo patrimônio se busca alcançar. Como o incidente serve também apara a *desconsideração inversa* – muito utilizada em questões de família, quando um dos cônjuges esconde seus bens em uma pessoa jurídica –, será bem frequente o direcionamento do requerimento de desconsideração a uma pessoa jurídica.

Esse requerimento pode ser formulado já na petição inicial (art. 134, §2º, CPC). Nesse caso, o autor pode valer-se da técnica do litisconsórcio eventual, caso formule pedido dirigido também à sociedade – sobre o tema, ver o capítulo sobre litisconsórcio, neste volume do *Curso*. Formula-se um pedido contra a pessoa jurídica e, eventualmente, o pedido de desconsideração contra o sócio – no caso da desconsideração inversa, inverte-se também a ordem.

É possível, obviamente, a formulação de pedido superveniente de *desconsideração da personalidade jurídica*. Nesse caso, há uma cumulação ulterior de pedidos e, ainda, um caso de litisconsórcio facultativo ulterior[114].

Mas é possível formular pedido autônomo de desconsideração da personalidade jurídica, sem que seja cumulado a nenhum outro. Nesse caso, o autor propõe a demanda originariamente contra aquele a quem imputa a prática de uso abusivo da personalidade jurídica e em cujo patrimônio pretende buscar a responsabilidade patrimonial – não haverá litisconsórcio nem cumulação de pedidos.

e) O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, além de trazer sujeito novo, amplia também o objeto litigioso do processo. Acresce-se ao processo um novo pedido: aplicação da sanção da desconsideração da personalidade jurídica ao terceiro.

Por isso, o pedido de instauração do incidente deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais que autorizam a intervenção (art. 134, §4º, CPC), sob pena de inépcia (ausência de causa de pedir, art. 330, §1º, I, CPC).

Nas bastam, assim, afirmações genéricas de que a parte quer desconsiderar a personalidade jurídica em razão do "princípio da efetividade" ou do "princípio da dignidade da pessoa humana".

Ao pedir a desconsideração, a parte ajuíza uma *demanda* contra alguém; deve, pois, observar os pressupostos do instrumento da demanda. Não custa lembrar:

114. Nesse sentido, enunciado n. 125 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentemente no processo em curso".

a desconsideração é uma sanção para a prática de atos ilícitos; é preciso que a suposta conduta ilícita seja descrita no requerimento, para que o sujeito possa defender-se dessa acusação.

f) Instaurado o incidente, o terceiro será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis, em quinze dias (art. 135, CPC). Com essa regra, concretiza-se o princípio do contraditório. Conforme sempre defendemos neste *Curso*, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância do princípio do contraditório. O dispositivo encerra, assim, antiga controvérsia[115].

g) A instauração do incidente *suspende* o processo, salvo quando a desconsideração foi requerida na petição inicial, quando, como vimos, não é caso de intervenção de terceiro (art. 134, §2º, CPC). A instauração deve ser imediatamente comunicada ao distribuidor, para que proceda às anotações devidas (art. 134, §1º, CPC).

h) O incidente será resolvido por decisão interlocutória – impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, IV, CPC). Se for por decisão de relator, o caso é de agravo interno (art. 136, par. ún., CPC). Se porventura o juiz decidir o incidente na sentença, o caso é de apelação (art. 1.022, CPC).

Há precedente do STJ que reconhece à pessoa jurídica legitimidade recursal para impugnar a decisão que desconsidera a sua personalidade (STJ, REsp n. 1.421.464-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 24.04.2015). Para tanto, tem a pessoa jurídica de defender a sua regular administração e a sua autonomia, sem se imiscuir indevidamente na esfera de direitos dos sócios ou administradores.

A decisão resolve um pedido. Como tal, é decisão de mérito, apta à coisa julgada material e à ação rescisória.

i) Aplica-se ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica o regime da tutela provisória da urgência. Pode-se, então, pedir a antecipação dos efeitos da desconsideração, uma vez preenchidos os pressupostos gerais da tutela de urgência (arts. 300 e segs., CPC).

j) Acolhido o requerimento de desconsideração, a alienação em fraude à execução, feita após a instauração do incidente, será ineficaz em relação ao requerente (art. 137, CPC). Sobre a fraude à execução, ver o v. 5 deste *Curso*.

k) O Ministério Público somente intervirá no incidente de desconsideração de personalidade jurídica, se ocorrer uma das hipóteses do art. 178 do CPC[116].

---

115. Sobre o assunto, que agora será do interesse de historiadores do direito, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 6ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, v. 5, p. 279-287.

116. Nesse sentido, enunciado n. 123 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178".

7. INTERVENÇÃO DE *AMICUS CURIAE*[117]

O *amicus curiae* é o terceiro que, espontaneamente, a pedido da parte ou por provocação do órgão jurisdicional, intervém no processo para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão.

> A intervenção do *amicus curiae* não se confunde com a participação do perito. A perícia é meio de prova, e, pois, de averiguação do substrato fáctico. O perito é auxiliar do juízo. O *amicus curiae*, que é parte, dá a sua opinião sobre a causa, em toda a sua complexidade, sobretudo nas questões técnico-jurídicas. Além disso, não há honorários para o *amicus curiae*, nem se submete ele às regras de impedimento e suspeição.

O art. 31 da Lei n. 6.385/1976 impôs a intervenção da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), como *amicus curiae*, nos processos que discutam matéria objeto da competência desta autarquia.[118] O art. 118 da Lei n. 12.529/2011 (Lei Antitruste) impõe a intimação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) nos processos em que se discutam questões relacionadas ao direito da concorrência. Nesses dois casos, o legislador, reconhecendo as dificuldades técnicas dessas causas, determinou a intimação do *amicus curiae* e ainda indicou quem exerceria esse papel.

> Quando há necessidade de intimação do *amicus curiae*, o legislador confere ao possível *amicus curiae* a legitimidade para propor ação rescisória, caso não tenha sido intimado (art. 967, IV, CPC).

Com a edição das leis que regulamentam os processos de controle concentrado de constitucionalidade (Leis n. 9.868 e 9.882/1999), a intervenção do *amicus curiae* aprimorou-se: não mais se identifica previamente quem deva ser o auxiliar (que pode ser qualquer um, desde que tenha representatividade e possa contribuir para a solução da causa) e se permite a intervenção espontânea do *amicus curiae* – até então a intervenção era sempre provocada.

> "A intervenção do *amicus curiae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate dos principais temas de direito constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Häberle em sua sociedade aberta dos intérpretes da constituição".[119-120]

---

117. Sobre o *amicus curiae*, indispensável a leitura do monumental trabalho de BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

118. Sobre antiga hipótese de intervenção de *amicus curiae* no direito imperial brasileiro, que tudo indica é a mais remota em nossa história, DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. "Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 220, p. 407 e segs.

119. CUNHA Jr., Dirley da. "A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do colegitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 165.

120. Duas regras do direito norte-americano são importantes para a compreensão da figura do *amicus curiae*, originária do direito anglo-saxão: a regra n.º 37, das *Rules of the Supreme Court of The U. S* (http://www.

O CPC de 2015 pela primeira vez regulou a intervenção do *amicus curiae*.

O art. 138 do CPC cuida do assunto.

A intervenção do *amicus curiae* passou a ser possível em qualquer processo, desde que se trate de causa relevante, ou com tema muito específico ou que tenha repercussão social (art. 138, *caput*, CPC). *Generalizou-se a intervenção do amicus curiae.*

O *amicus curiae* pode ser pessoa natural, pessoa jurídica ou órgão ou entidade especializado. A opção legislativa é clara: ampliar o rol de entes aptos a ser *amicus curiae.*

Exige-se, porém, que tenha *representatividade adequada* (art. 138, *caput*, CPC). Ou seja, o *amicus curiae* precisa ter algum vínculo com a questão litigiosa, de modo a que possa contribuir para a sua solução.

A adequação da representação será avaliada a partir da relação entre o *amicus curiae* e a *relação jurídica litigiosa.* Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar, por exemplo, com questões relacionadas aos povos indígenas; uma entidade de classe pode ajudar na solução de questão que diga respeito à atividade profissional que ela representa etc.

> A propósito, o enunciado n. 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa".

Nada impede que haja mais de um *amicus curiae* no processo. A pluralidade de visões sobre o mesmo tema enriquece o debate e qualifica, necessariamente, a decisão judicial.

> É possível, por exemplo, que, em processo de controle concentrado da constitucionalidade de um ato normativo, uma associação solicite seu ingresso na condição de *amicus curiae*, defendendo uma determinada "tese" acerca da constitucionalidade da lei ou do ato normativo, em prol da comunidade cujos interesses representa. É possível, inclusive, que esteja, em juízo, mais de uma entidade com "teses" distintas ou opostas, sustentando, cada uma, seu posicionamento. Basta pensar na intervenção de uma associação para defesa dos direitos da população afrodescendente brasileira, para abordar questão relativa ao sistema de cotas; ou de uma entidade para preservação da história e cultura dos judeus para definir se o crime racismo abrange o antissemitismo. A verdade é que, parcial ou não o *amicus curiae*, às

supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf), e a regra n.º 29, das *Federal Rules of Appellate Procedure* (FRAP) (http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/ap2009.pdf.),

> suas considerações dará o órgão julgador o peso que a sua convicção determinar ("The court may give the arguments in the amicus curiae brief as much or as little weight as it chooses").

A intervenção do *amicus curiae* será autorizada pelo órgão jurisdicional, *de ofício* ou a requerimento do ente interessado ou das partes (art. 138, *caput*, CPC). Também aqui, ampliou-se consideravelmente a forma de ingresso do *amicus curiae*.

> O STF entendeu, porém, que o *amicus curiae* somente pode requerer seu ingresso no processo até a data em que o relator liberar o processo para a inclusão em pauta[121].

A decisão sobre a intervenção do *amicus curiae*, admitindo-a ou não a admitindo, é irrecorrível (art. 138, *caput*, CPC).

O *amicus curiae* terá o prazo de quinze dias para manifestar-se, contados da data da intimação da decisão que o admitiu (art. 138, *caput*, CPC). Nada impede que essa manifestação seja apresentada simultaneamente ao requerimento de ingresso no processo – inadmitido o ingresso, a manifestação do *amicus curiae* será excluída dos autos.

Para manifestar-se no incidente de repercussão geral em recurso extraordinário (art. 1.035, §4º, CPC), interpor recursos ou fazer sustentação oral, o *amicus curiae* precisa estar representado por advogado. Mas nem sempre isso será necessário. Para simplesmente falar nos autos, não há sentido em exigir a presença de advogado, sobretudo quando o *amicus curiae* é uma pessoa natural (um cientista, um professor etc.). A situação assemelha-se à da autoridade coatora em mandado de segurança[122], que subscreve pessoalmente as informações, e ao laudo pericial, também subscrito pelo perito.

O CPC tomou partido de uma discussão doutrinária: a intervenção de *amicus curiae* é uma intervenção de terceiro. Assim, o *amicus curiae* vira parte[123]; a ele, por exemplo, não se aplicam as regras sobre suspeição ou impedimento, aplicáveis aos auxiliares da justiça. Atuará, em juízo, na defesa dos interesses que patrocina. Nada obstante, e um tanto quanto paradoxalmente, determina o CPC que essa intervenção não implica alteração de competência em razão da pessoa (art. 138, §1º, CPC).

Assim, se, por exemplo, uma entidade autárquica federal for admitida como *amicus curiae* em processo que tramita na Justiça Estadual, não haverá deslocamento da causa para a Justiça Federal. A razão é a seguinte: como o *amicus curiae* não é titular da relação jurídica litigiosa nem de relação jurídica conexa (se o for, o

121. STF, Tribunal Pleno, ADI n. 4.071 AgR, Rel. Min. Menezes Direito, j. em 22.04.2009, publicado no DJe-195.

122. CABRAL, Antonio do Passo. "Comentários ao art. 138 do Código de Processo Civil", a serem publicados no Código de Processo Civil comentado por vários autores, coordenado por Lênio Streck, Leonardo Carneiro da Cunha, Dierle Nunes e Alexandre Freire, da Editora Saraiva, no prelo.

123. Não era esse o entendimento desse *Curso*, que desde sempre defendia que o *amicus curiae* era espécie de auxiliar da justiça. Também entendendo tratar-se de *auxiliar da justiça*, AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 56-60.

caso seria de assistência litisconsorcial ou simples, respectivamente), não deva ser considerado como *parte* para fim de modificação de competência, embora deva ser considerado como parte para a defesa em juízo dos interesses que justificam a sua intervenção. Parte, *pero no mucho*.

Embora parte, a sua atuação tem poderes restritos.

De um lado, retira-se dele, como regra, a legitimidade recursal (art. 138, §1º, CPC), ressalvadas ao menos duas exceções: garante-se o direito de opor embargos de declaração (art. 138, §1º, *fine*, CPC) e de recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, §3º; arts. 976 e segs., CPC). Em razão da existência de um microssistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC), a permissão de interposição de recursos deve estender-se ao julgamento de *recursos especiais ou extraordinários repetitivos*.

Cabe ao juiz ou relator definir os poderes processuais do *amicus curiae* (art. 138, §2º, CPC). Essa delimitação, ao que parece, não pode permitir a interposição de recursos, expressamente proibida no §1º do art. 138 – mas não estranhará se os tribunais ampliarem essa legitimidade. Pode, por exemplo, autorizar a produção de provas e a sustentação oral das suas razões.

Nada impede também que o Regimento Interno do Tribunal atribua, genericamente, poderes processuais ao *amicus curiae*[124].

> Percebe-se que a intervenção do *amicus curiae* não se confunde com a assistência. O *amicus curiae* pode ser chamado a intervir ou pedir para intervir; na assistência, o assistente pede para intervir; os poderes do assistente são conferidos pela lei; os do *amicus*, mais limitados, são definidos pelo juiz, ressalvados alguns poucos conferidos pela lei; o *amicus* não é parte para fim de deslocamento de competência – a presença do assistente desloca a competência em razão da pessoa, se for o caso.

As partes *não* podem *limitar* os poderes do *amicus curiae* ou negociar para impedir a sua participação, valendo-se do art. 190 do CPC. Mas é lícito um negócio processual plurilateral, de que faça parte o *amicus curiae*, para organizar a forma de sua manifestação – por escrito, oralmente etc.

> O art. 967, IV, CPC, autoriza a propositura de ação rescisória por aquele que não tenha sido ouvido no processo em que era obrigatória a sua intervenção. O dispositivo aplica-se, claramente, aos casos da CVM e do CADE, cuja intervenção como *amicus curiae* é obrigatória

124. Como, por exemplo, o Regimento Interno do STF, que, desde a Emenda Regimental n. 15/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 131, permite a sustentação oral de *amicus curiae*: "§ 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento."

em alguns casos, conforme visto acima. Note-se que, neste caso, atribuiu-se a quem poderia ter sido *amicus curiae* o direito à rescisão da sentença, caso não tenha sido intimado no processo originário.

> Nesse sentido, o enunciado n. 339 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O CADE e a CVM, caso não tenham sido intimados, quando obrigatório, para participar do processo (art. 118, Lei n. 12.529/2011; art. 31, Lei n. 6.385/1976), têm legitimidade para propor ação rescisória contra a decisão ali proferida, nos termos do inciso IV do art. 967".

O órgão julgador não fica vinculado à manifestação do *amicus curiae* – realmente, não há sentido em vincular o julgador à manifestação de uma parte, ainda que uma parte especial; lembre-se, ainda, que há possibilidade de intervenção de mais de um *amicus curiae*, para defender interesses contrapostos.

Mas o juiz não pode ignorar a manifestação do *amicus curiae* - assim como não pode ignorar a manifestação das partes principais. Se assim não fosse, haveria grave violação ao contraditório, além de tornar inócua a intervenção do amigo da corte. Por isso, "no processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489" (enunciado n. 128 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Além da previsão genérica de intervenção de *amicus curiae* no art. 138 do CPC, há outras regras, no próprio Código, que autorizam essa intervenção: *a)* incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal (art. 959, §§ 1º, 2º e 3º); *b)* no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983, *caput* e §1º, CPC); *c)* no procedimento de análise da repercussão geral em recurso extraordinário (art. 1.035, §4º); *d)* no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 1.038, COC)[125].

8. OUTRAS INTERVENÇÕES DECORRENTES DA RESPOSTA DO RÉU

Há três outras espécies de intervenção de terceiro que podem surgir da resposta do réu.

A primeira delas permite a substituição do réu na hipótese do art. 338. A segunda permite a substituição do réu ou a ampliação do polo passivo do processo, na hipótese do art. 339. A terceira promove uma ampliação subjetiva do processo nos casos em que a reconvenção é proposta em litisconsórcio com um terceiro ou proposta em face do autor e um terceiro (art. 343, §§3º e 4º, CPC).

125. No célebre julgamento do Habeas Corpus n. 82.424, concluído em 2003, em que se delineou o alcance do crime de racismo, previsto constitucionalmente, o STF admitiu a intervenção de *amicus curiae*, o Prof. Celso Lafer, a despeito da inexistência de regra expressa no processo penal neste sentido. Trata-se de julgamento também por este aspecto histórico, pois serviu de paradigma para que se permita a intervenção deste auxiliar sempre a que a relevância da causa assim impuser – entendimento que o CPC encampou no art. 138.

Essas três modalidades de intervenção de terceiro serão examinadas no capítulo sobre a resposta do réu.

9. A INTERVENÇÃO *IUSSU IUDICIS*

A intervenção *iussu iudicis* é a intervenção de terceiro por determinação do juiz.

Há ao menos três hipóteses *típicas* de intervenção *iussu iudicis*:

a) a intervenção de *amicus curiae*, que, como visto, pode ser determinada *ex officio*;

b) citação do litisconsorte passivo necessário (art. 115, par. ún., CPC). A hipótese não é de litisconsórcio necessário por determinação do juiz: é determinação, pelo juiz, de citação de um litisconsorte necessário, de acordo com os critérios legais que imponham a necessariedade. Se o autor não promover a citação (adiantar o valor das custas, providenciar endereço do réu etc.), o magistrado extinguirá o processo sem resolução do mérito.

c) A citação dos interessados na produção antecipada de prova (art. 382, §1º, CPC). Caso o juiz entenda que há algum interessado na prova do fato ou na produção da prova, cuja citação não tenha sido requerida, poderá determiná-la *ex officio*.

Remanesce a dúvida sobre é possível uma intervenção *iussu iudicis* atípica.

O art. 91 do CPC-1939 autorizava a intervenção *iussu iudicis*, permitindo ao magistrado trazer ao processo terceiros, quando necessário[126].

Moacyr Lobo da Costa, ao interpretar o dispositivo da legislação revogada, entendia que a intervenção *iussu iudicis* não é caso de formação de litisconsórcio, muito menos necessário, pois não tem por fim a integração de pessoa indispensável ao válido e regular deslinde do feito. Sua finalidade seria diversa. Entendia que a "causa geral da intervenção é o nexo existente entre a relação jurídica controvertida e uma outra relação de que o interveniente é sujeito; o fim é trazer para o processo um terceiro que pode ser prejudicado pela sentença a proferir entre as partes originárias ou ao qual se pretende estender a eficácia dessa sentença".[127] Concluía que a intervenção de terceiro *iussu iudicis* era poder do juiz, que poderia ser utilizado quando julgasse *oportuna* a presença do terceiro no processo, enquanto a determinação do ingresso do litisconsorte necessário é imposição da lei.[128]

126. Art. 91 do CPC/1939: "O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância."
127. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: s/ed., 1961, p. 133.
128. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: s/ed., 1961, p. 134.

De acordo com essa interpretação, haveria uma cláusula geral de intervenção *iussu iudicis*, a permitir intervenções atípicas.

O CPC atual, no entanto, não reproduziu o enunciado do art. 91 do CPC-1939, prevendo apenas hipóteses específicas de intervenção *iussu iudicis*.

Parece possível, no direito brasileiro, a partir da concretização dos princípios da adequação, da duração razoável do processo e da eficiência, a intervenção *iussu iudicis* atípica, sempre que o órgão jurisdicional, por decisão fundamentada, entender conveniente a participação de terceiro no processo.

Em 2005, o Min. Celso de Mello, relator dos mandados de segurança n. 24.831, 24.845, 24.846, 24.847, 24.848 e 24.849 (julgados por conexão em 22.06.2005), que discutiam a instalação da chamada "CPI dos Bingos", valeu-se, expressamente, da intervenção *iussu iudicis* para trazer ao processo os líderes dos partidos governistas. Entendeu o ministro que esses líderes, embora não fossem litisconsortes necessários, deveriam *ad cautelam,* participar do processo.

A providência justifica-se, também, como medida de efetivação do direito fundamental ao contraditório e, ainda, como proteção do princípio da igualdade, porquanto procure evitar que a parte se submeta a processo cujo resultado possa ser impugnado por um terceiro. Garante ao terceiro o exercício da direito de não demandar, não lhe sendo imposta a condição de demandante: o terceiro não estaria obrigado a demandar, pois apenas seria cientificado do processo.

Há, ainda, algumas regras semelhantes na legislação extravagante: *a)* na Lei de Ação Popular e na Lei de Improbidade Administrativa, impõe-se a intimação da pessoa jurídica de direito público, cujo ato se questiona, para que assuma a posição de litisconsorte ativa ou passiva, conforme seja o seu interesse;[129] *b)* no Código de Defesa do Consumidor, prevê-se a intimação das vítimas na ação coletiva proposta para a tutela de direitos individuais homogêneos;[130] *c)* a intimação do fiador na ação revisional de aluguel, obrigatória para alguns autores;[131] *d)* a intimação do sublocatário na ação

129. §3º do art. 6º da Lei n. 4.717/1965, que também é aplicado à ação de improbidade administrativa, por força do § 3º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992: "A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente". Cândido Dinamarco não aceita a utilização desse paradigma legal como argumento, em razão da sua excepcionalidade. (*Litisconsórcio*, cit., p. 231, nota 28.)

130. Providência que se impõe, a despeito de o regime jurídico da coisa julgada coletiva não prejudicar a vítima: "Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor".

131. Por exemplo, FERREIRA, William Santos. "Procedimentos na lei do inquilinato: ação revisional e renovatória de aluguel". *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 996; ASSIS, Araken de. *Locação e despejo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 45.

de despejo, obrigatória conforme o § 2º do art. 59 da Lei n. 8.245/1991,[132] que poderá tornar-se assistente tanto do locador quanto do locatário (sublocador)[133].

Não se trata, convém reforçar, de provocação para demandar (*provocatio ad agendum*): imposição do magistrado para que o terceiro seja demandante. É mera cientificação, para que terceiro assuma a posição no processo de acordo com os seus interesses.

A solução é bastante simples; agrada a ambas as correntes, pois traz o terceiro ao processo sem impor-lhe o exercício do direito de demandar; não compromete a razoável duração do processo; está de acordo com a ampliação dos poderes de condução do magistrado; não necessita que se alterem as definições de institutos jurídicos consagrados.

Alguns exemplos em que uma intervenção *iussu iudicis* atípica seria útil: a) intervenção do litisconsorte facultativo unitário que não está no processo – a coisa julgada lhe atingirá, daí a conveniência de sua participação; b) intervenção do substituído: o juiz, se tiver conhecimento de quem seja o substituído, pode determinar a sua comunicação, para que, querendo, faça parte do processo; c) intimação do cônjuge preterido, no caso de propositura de ação real imobiliária sem a prova do seu consentimento (art. 73, CPC), para que se posicione a respeito do assunto.

10. INTERVENÇÕES ESPECIAIS DOS ENTES PÚBLICOS

O inciso I do art. 109 da CF/1988 estipulou que as causas cíveis em que a União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais intervierem como assistentes são da competência da justiça federal de primeira instância. Isso já foi examinado no capítulo sobre competência.

Sucede que, como pontuou Aluísio Mendes, "o Poder Executivo e o legislador ordinário já tentaram afastar, de modo dissimulado, o interesse jurídico como requisito, estabelecendo uma intervenção *ex officio* ou por simples desejo do ente federal".[134] Editaram-se leis que autorizavam a intervenção da União, em processo alheio, sem a necessidade de demonstração de interesse jurídico, e que, em razão disso, desnaturavam os clássicos institutos da intervenção.[135]

---

132. "Qualquer que seja o fundamento da ação dar-se-á ciência do pedido aos sublocatários, que poderão intervir no processo como assistentes".

133. RESTIFFE NETO, Paulo, e RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Locação – questões processuais*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 184-185.

134. MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência Cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 67.

135. São exemplos lembrados por Aluísio Mendes, em relação aos quais se aplica o quanto aqui dito: a) Lei n. 5.010/1966, art. 7º: "A União intervirá, obrigatoriamente, nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos especiais e fundações criados por lei federal."; b) Lei n. 5.627/1970, art. 4º: "Nas ações judiciais em que as Sociedades de Seguros ou de

A Lei n. 9.469/1997 é um exemplo disso. Criam-se duas modalidades especiais de intervenção de terceiro. Eis o texto legal:

> Art. 5º. A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.
>
> Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

São duas as modalidades interventivas.

I) O caput do art. 5º da Lei n. 9.469/1997 prevê uma intervenção especial para a União. O dispositivo legitimou a União a intervir de forma ampla em processo alheio, tendo em vista apenas a qualidade das partes em litígio, independentemente da demonstração de juridicidade do interesse que leva à intervenção.

Há *presunção legal absoluta* do interesse jurídico da União nas causas de que faça parte fundação pública federal, autarquia federal, empresa pública federal ou sociedade de economia mista federal.

A intervenção pode dar-se a qualquer tempo, em qualquer dos polos do processo e não amplia o objeto litigioso (a União não agrega pedido ao processo). Permite-se, inclusive, que a União formule pedido de suspensão de segurança.[136]. É, sem dúvida, intervenção especial, fora dos parâmetros do CPC[137].

Capitalização, em regime de liquidação extrajudicial compulsória, sejam autoras, rés, assistentes ou oponentes, a União será sempre citada como assistente (art. 125 da Constituição Federal). Parágrafo único. As disposições dêste artigo aplicam-se às ações em curso, devendo os respectivos processos ser remetidos *'ex officio'* à Justiça Federal no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for apresentado em juízo o pedido de citação da União."; c) Lei n. 6.825/1980, art. 7º: "A União Federal poderá intervir nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos e fundações criados por lei federal"; d) Lei n. 8.197/1991, art. 2º: "A União poderá intervir nas causas em que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais."

136. Corte Especial, STJ, AGP 1.621/PE, rel. Min. Nilson Naves, j. 24.06.2002, DJ 14.04.2003.

137. Vicente Greco Filho parece aceitar esta intervenção especial: "Daí podermos concluir que, em virtude da legitimação estabelecida pelo texto legal, a intervenção da União pode ocorrer, nas hipóteses citadas, ainda que o interesse de intervir seja meramente de fato ou, ainda, apenas, para acompanhar o feito como observadora. Releva ressaltar, ainda, que fica afastada por incompatível com a nova sistemática legal a jurisprudência anterior restritiva à intervenção da União nas causas em que são partes as pessoas jurídicas acima enunciadas, inclusive no concernente à deslocação do foro para a sede da Circunscrição da Justiça Federal, fato que, agora, parece inconteste. A lei criou, por conseguinte, uma figura especial de intervenção, não enquadrável nas hipóteses capituladas como de intervenção de terceiros no Código de Processo Civil, que tem como pressuposto apenas a posição de autora ou ré uma das pessoas referidas na lei e a vontade da União. O interesse, no caso, se presume pela participação de capital majoritário federal nas empresas públicas ou sociedades de economia mista e pela criação no caso das fundações" (*Direito Processual Civil Brasileiro*, cit., p. 151).

> O exercício desse direito de a União intervir em um processo, lastreado em pressupostos tão simples, deve sempre ser avaliado à luz do princípio da boa-fé processual. Intervenção sem a mínima justificativa por parte da União pode revelar-se meio de procrastinação irrazoável do processo.[138]

A intervenção da União em processo que envolve sociedade de economia mista federal[139] desloca a competência para a Justiça Federal, salvo se ocorrer na instância recursal. É que, nesse caso, cabe ao Tribunal de Justiça, e não ao TRF, julgar recurso contra decisão de juiz estadual, conforme foi examinado no capítulo sobre competência.

II) A Lei n. 9.649/1997 ainda cria outra modalidade de intervenção de terceiro.

O parágrafo único do art. 5º criar uma modalidade especial de intervenção de terceiro para todas as pessoas jurídicas de direito público (não somente a União, nem tampouco se restringe às pessoas públicas federais: qualquer uma, inclusive as estaduais e municipais)[140].

É também intervenção que pode dar-se em qualquer dos polos do processo, a qualquer tempo e grau de jurisdição, sem ampliação do objeto litigioso.

Diferentemente da intervenção prevista no *caput*,, essa intervenção pode ocorrer em *qualquer processo*, sem que se exija a presença de algum ente específico.

Há, porém, a necessidade de demonstração de interesse econômico na causa.

Essa intervenção seria para prestar esclarecimentos em matéria de fato e de direito, podendo, ainda, juntar memoriais. No entanto, fala-se que, se a pessoa jurídica de direito público interpuser recurso, tornar-se-á parte, para fim de deslocamento da competência.

Há quem veja nesta intervenção mais uma hipótese de *amicus curiae*[141]. Seria, porém, hipótese *sui generis*, seja porque se confere expressamente legitimidade recursal, seja porque também expressamente se refere a possível alteração de

---

138. O STJ disse não se aplicar o dispositivo do art. 5.º da Lei n. 9.469/1997 ao mandado de segurança: "O art. 5.º, par. ún., da Lei 9.469/97 não alcança o mandado de segurança. Destarte, a pessoa de Direito Público, alegando que o deslinde do feito resultará, direta ou indiretamente, efeito econômico, não pode se valer desse dispositivo para intervir nesse tipo de processo" (EDcl no AgRg no MS 5.690-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgados em 27.02.2002).

139. Enunciado nº 556 da súmula do STF: "É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista". Enunciado n.42 da súmula do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento".

140. CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 597.

141. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 150-151.

competência – como vimos, a intervenção do *amicus curiae* possui regramento de conteúdo oposto.

Afirma o legislador, algo desnecessariamente, que o recurso, para fins de *"deslocamento da competência"* (*sic*), transformaria em parte o recorrente público. Consideramos ociosa a afirmação, pois toda a modalidade de intervenção de terceiro tem por finalidade transformar um estranho em parte – não seria esta uma exceção. Ao ingressar para defender seus interesses econômicos – relacionados a uma das partes –, está a pessoa jurídica intervindo na qualidade de um assistente com interesse meramente econômico, rompendo a tradição da exigência do interesse jurídico para a intervenção do coadjuvante.[142]

Na verdade, quis o legislador emprestar ao recorrente, para impressionar o operador jurídico, um *status* aparentemente de maior relevo, preparando, assim, a emboscada jurídica da modificação, em qualquer hipótese, da competência.

Por último, mas não menos importante, quer afirmar o legislador que a simples intervenção recursal de uma pessoa jurídica de direito público poderia deslocar a causa para a Justiça Federal. Assim, por exemplo, se o Banco Central do Brasil (BACEN), autarquia federal, recorresse de uma decisão que tramitasse na Justiça Estadual, para fins de modificação da competência, a causa seria transferida para o Tribunal Regional Federal. Ora, como demonstramos, não se pode expandir, por lei infraconstitucional, a competência da Justiça Federal; o TRF, em se tratando de competência funcional recursal, somente pode revisar decisões dos juízes federais e de juízes estaduais no exercício da competência delegada (art. 109, § 3º, CF/1988). A condição de parte, ou não, é irrelevante. Este deslocamento da causa, nestas situações, jamais poderia acontecer[143].

11. INTERVENÇÃO LITISCONSORCIAL VOLUNTÁRIA OU LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ULTERIOR SIMPLES

Intervenção litisconsorcial voluntária é designação utilizada pela doutrina para referir-se a dois fenômenos bastante distintos:

a) assistência litisconsorcial, em que o terceiro voluntariamente pede para tornar-se litisconsorte unitário ulterior de alguém, nos casos em que há colegitimação (intervenção do colegitimado);

142. Não considerando que essa intervenção transforme a pessoa jurídica de direito público em parte, CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 601.

143. Assim, Aluísio Mendes: "A intervenção da União, das entidades autárquicas, fundações públicas ou empresas públicas federais no processo, após a prolação da sentença, não desloca a competência para a Justiça Federal" (ob. cit., p. 144).

b) o litisconsórcio facultativo ulterior ativo simples, em que terceiro ingressa em processo pendente, formulando pedido autônomo para si, semelhante ao que já havia sido formulado.[144]

A assistência litisconsorcial já foi examinada.

Interessa, agora, o estudo da segunda espécie de *intervenção litisconsorcial voluntária.*

Trata-se de modalidade de intervenção de terceiro que surgiu da experiência forense, pela qual um terceiro ingressa para formar um litisconsórcio ativo ulterior facultativo e simples.

O terceiro intervém para formular, em seu próprio nome, pedido de sentença que lhe conceda vantagem análoga à que vinha sendo postulada pelo autor. Há ampliação objetiva e subjetiva do processo.[145] Nesta medida, diferencia-se da assistência litisconsorcial, uma vez que esta não amplia o objeto litigioso do processo.

Trata-se, entretanto, de prática em regra proibida em nosso sistema[146].

Caso se permita o ingresso de terceiro na qualidade de litisconsorte simples ulterior ativo, estar-se-ia permitindo, por tabela, a escolha, pelo terceiro, do juízo competente para a sua causa, em burla manifesta ao princípio do juiz natural.

A alteração subjetiva do polo ativo do processo, com o acréscimo de um litisconsorte, só é possível em caso de assistência litisconsorcial ou de denunciação da lide formulada pelo autor – entendendo o denunciado como litisconsorte do denunciante contra o seu adversário –, ou em caso de reunião de demandas conexas, quando, pela identidade do pedido, haveria litisconsórcio unitário.

A estabilidade subjetiva do polo ativo opera-se, assim, com a propositura da demanda (art. 312, CPC). O litisconsórcio facultativo ativo deve ser inicial – nesse sentido, REsp 769.884-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 28.3.2006, Informativo do STJ n. 279, 27-31 de março de 2006.

Há quem pense de outro modo, porém,[147] admitindo a possibilidade desta modalidade interventiva.

---

144. Sobre as duas espécies de intervenção litisconsorcial voluntária, ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Assistência e intervenção da União.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 110; DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 333-334.

145. DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 333-334.

146. Assim, por exemplo, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 179-180; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.* 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 220; CARNEIRO, Athos Gusmão. "O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 195-205.

147. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Assistência e intervenção da União.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 112-113; DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 335-343.

Normalmente, os doutrinadores que adotam essa concepção referem-se ao § 2º do art. 14 da Lei n. 9.289/1996, que cuida do regime de custas da Justiça Federal, e que poderia autorizar essa intervenção: "§ 2º Somente com o pagamento de importância igual à paga até o momento pelo autor serão admitidos o assistente, o litisconsorte ativo voluntário e o oponente". Há quem, ainda, admita, *em tese*, a possibilidade dessa modalidade de *intervenção litisconsorcial voluntária*, em razão da proteção ao direito fundamental à igualdade e à efetividade.[148]

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho considera possível a intervenção, desde que se preencham dois pressupostos, de modo a evitar a burla à garantia do juiz natural:

a) "depois de ajuizada mais de uma ação sobre o tema, a alternativa entre intervir neste ou naquele processo, perante este ou aquele juízo, constitui escolha que transgride, em tese, o princípio do juiz natural, devendo o interessado sujeitar-se à distribuição e à sua própria sorte;"

b) "após a concessão de medida liminar, mesmo havendo um único processo, não deve ser admitida, salvo casos excepcionalíssimos, a intervenção litisconsorcial voluntária".[149]

> Esse posicionamento foi seguido pelo legislador no § 2º do art. 10 da Lei n. 12.016/2009 (lei do mandado de segurança): "§ 2º O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial". Ou seja: antes do despacho inicial do juiz, normalmente aquele em que se examina o pedido de medida liminar, é possível a intervenção litisconsorcial voluntária.

Para Leonardo Greco, a garantia do juiz natural, usualmente apontada pela doutrina e pela jurisprudência como principal obstáculo à permissão da intervenção litisconsorcial voluntária, fica resguardada se autor e réu originários concordarem com o pedido de intervenção litisconsorcial voluntária, desde que feito até o saneamento (art. 329, II, do CPC). Como o autor parte da premissa de que a garantia do juiz natural é "imposta em benefício das partes", pode o réu dela abrir mão, bem como o autor pode aceitar litigar com um litisconsorte simples[150].

148. Veja a lição de Cassio Scarpinella Bueno, comentando a situação de um servidor público que pede para ingressar em mandado de segurança impetrado por outro, em cujo bojo foi concedida medida liminar: "Ao pretenso óbice do princípio do juiz natural deve-se sopesar o princípio da isonomia, que reclama solução idêntica para todos os servidores públicos sujeitos à mesma situação deduzida em juízo, e o da efetividade da jurisdição, a reclamar, dentre outras providências, que o processo possa realizar o direito material no menor tempo e com o menor esforço possível". (BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120.)

149. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Assistência e intervenção da União*, cit., p. 113.

150. GRECO, Leonardo. "Concurso e cumulação de ações". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 147, p. 24.

12. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO ESPECIAL NO PROCESSO DA AÇÃO DE ALIMENTOS (ART. 1.698 DO CÓDIGO CIVIL)

O art. 1.698 do Código Civil trouxe inovação sem precedente no direito processual civil brasileiro: criou hipótese de intervenção de terceiro.

Ei-lo: "Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide".

A análise deste novo instituto parte de algumas premissas – a despeito do acerto ou desacerto da conclusão, pretende-se que ela seja coerente com os fundamentos que passam a ser desenvolvidos: *a)* trata-se de instituto criado para ajudar o credor de dívida alimentar – autor, portanto, da ação de alimentos; *b)* é modalidade interventiva nova: não se deve tentar "enquadrá-la" em nenhuma das espécies de intervenção de terceiro até então existentes; *c)* é modalidade de intervenção coacta, pois o terceiro ingressa no processo por provocação de uma das partes; *d)* a obrigação alimentar não é solidária.

Cabem, inicialmente, algumas palavras sobre a ausência de solidariedade na obrigação alimentar.[151]

Não é possível exigir-se o pagamento de toda a dívida alimentar de um dos devedores. Cada obrigado deve responder de acordo com as suas possibilidades, o que pode gerar uma participação desigual. Não há uma obrigação divisível entre os devedores, mas tantas obrigações quantas sejam as pessoas envolvidas. Cada quota constitui dívida distinta. Tanto é verdade que se um dos devedores cumpre a sua obrigação, nos limites da sua possibilidade, não pode voltar-se, regressivamente, contra os outros.[152] Há um concurso de direitos. "Dependendo da situação de fato, a pensão poderá ser igualmente repartida entre os devedores, ou mesmo poderá ser suportada exclusivamente por um deles; pois, se um deles se achar incapacitado financeiramente, será por certo exonerado do encargo".[153]

Expliquemos a situação imaginada pelo legislador.

João, filho de José, não pode pretender alimentos em face deste, pois seu pai não se mostra capaz economicamente de cumprir o dever. Dispõe o art. 1.698, baseado no art. 1.697 também do Código Civil, que, nessas situações, serão chamados

151. A divergência era grande sobre o tema. No entanto, segundo Yussef Said Cahali, atualmente já se firmou na doutrina esta conclusão (*Dos alimentos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 152). Também rechaçando a existência de solidariedade: LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 379-380.

152. Todas estas informações foram tiradas de CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 152-161.

153. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 160.

a responder os parentes de grau imediato, no caso, os avôs e avós; não existindo eles, os descendentes; se não houver, os irmãos. Até aí, nada demais: nenhuma inovação de relevo foi criada, pois já se dizia isso no art. 398 do CC-1916; esclarece-se, tão-somente, que os devedores subsidiários concorreram ao pagamento da dívida alimentar na proporção dos seus respectivos recursos. A novidade está na terceira e última parte do art. 1.698: intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar o processo. Observe que o art. 1.698 somente menciona os alimentos devidos entre parentes, não cuidando dos alimentos entre cônjuges e companheiros (art. 1.694 do Código Civil).[154]

Eis a intervenção de terceiro ou terceiros de que cuida o art. 1.698 do Código Civil.

É necessário, então, responder às seguintes perguntas:

a) quem provoca a intervenção?;

b) há ampliação objetiva do processo, com a inclusão de nova demanda em face destes devedores agora chamados?;

c) qual a situação jurídica processual deste chamado?;

d) até que momento é possível chamar-se este(s) terceiro(s)?

Inicialmente, cumpre afastar qualquer semelhança entre esta intervenção de terceiro e a denunciação da lide ou chamamento ao processo. Se não há possibilidade de direito de regresso, não se pode falar nem de denunciação da lide, que o tem como pressuposto fundamental, nem de chamamento ao processo. Se não há solidariedade, também por isso a alusão ao chamamento não se justifica.[155]

O ingresso do terceiro, no particular, não traz qualquer benefício ao réu – suposto devedor.

Se ele é parente e tem condições de pagar, o magistrado fixará o valor da sua parcela de contribuição. Se houver outro devedor na mesma classe que também possua condições de arcar com a pensão (outro avô, p. ex.), esta circunstância será trazida como argumento de defesa e certamente será levada em consideração pelo magistrado no momento de fixar o valor devido pelo demandado. Caberá ao autor, na réplica, demonstrar que este outro devedor-comum não tem condições de pagar – exatamente por isso, a demanda fora dirigida apenas contra um dos devedores.

154. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, p. 167.

155. Em sentido contrário, entendendo ser o caso de chamamento ao processo, ainda que um tanto diferenciado, BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 284-292; THEODORO Jr., Humberto. "O novo e as regras heterotópicas de natureza processual". *Reflexos do Novo no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 139-141; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. "Alimentos no Código Civil de 2002: o direito material e o processual, com enfoque nos terceiros legitimados para a ação e a condição em que a integram, segundo o art. 1.698, última parte, do CC e rápida alusão ao Estatuto do Idoso". *O Terceiro no processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos*: Estudos em homenagem ao Prof. Athos Gusmão Carneiro. DIDIER JR., Fredie. *et alli* (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.

Mas, e isso é fundamental, o devedor-réu somente pagará aquilo que ele puder. Se a pensão, a final definida, for insuficiente, poderá o credor-autor promover outra ação de alimentos em face, agora, daquele devedor-comum-terceiro.[156]

Aqui se visualiza a importância do art. 1.698 do Código Civil.

Ao que parece, este artigo autoriza a formação de um litisconsórcio passivo facultativo ulterior simples, por provocação do *autor*.

O autor, que originariamente optou por não demandar contra determinado devedor-comum, após a manifestação do réu, ou, a despeito dela, em razão de fato superveniente, percebe a possibilidade/utilidade de trazer ao processo o outro devedor-comum, para que o magistrado também certifique a sua pretensão contra ele, tudo isso em um mesmo processo.

Mas este chamamento é feito pelo *autor*, até porque se trata de formulação de um novo pedido em face deste novo réu – cumulação objetiva e subjetiva ulterior. Dispensa-se a concordância do réu-originário, tendo em vista que a inovação objetiva não lhe diz respeito. É hipótese de intervenção litisconsorcial (litisconsórcio ulterior) provocada. É inovação alvissareira.[157]

Não se poderia imaginar que o réu (devedor comum inicialmente citado) pudesse trazer ao processo um terceiro em face de quem o *autor* deveria propor a demanda. É situação, no mínimo, esdrúxula: o réu seria substituto processual do autor, aditando a petição inicial, mesmo contra a sua vontade.[158] E se o autor, realmente, não quiser demandar contra este devedor-comum? Seria obrigado a isso? Como se disse, esta norma veio ajudar o credor da pensão alimentar, e não prejudicá-lo ou criar-lhe embaraços.

> Note que o art. 1.698 do Código Civil afirma que os demais devedores poderão ser chamados, não dizendo quem providenciará este chamamento. A utilização do verbo "chamar" certamente leva os

156. "Em condições tais, se o alimentário exerce o seu direito apenas contra uma dentre as várias pessoas obrigadas a prestar alimentos, arrisca-se, tal como no direito atual, a ver reconhecido o seu direito apenas em parte, na proporção dos recursos do demandado; sem que seja necessário, nesse caso, demonstrar-se que os demais obrigados estariam ou não em condições de concorrer igualmente para a prestação alimentar". (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, p. 169).

157. Adotaram o nosso posicionamento, expressamente, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6, p 455-456; GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 49, nota 54; SILVA, Nelson Finotti. "A intervenção de terceiros sob a luz do art. 1.698 do Novo CC e o Estatuto do Idoso". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 292; CARVALHO Jr., Pedro Lino. "Da solidariedade da obrigação alimentar em favor do idoso". *Leituras complementares de Direito Civil*. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 293.

158. Cassio Scarpinella Bueno, não obstante defenda que se trata de chamamento ao processo, também visualizou este fenômeno: "Em última análise – embora por iniciativa do réu – serão introduzidas no processo (que mantém-se uno) outras relações de direito material (ampliação objetiva da demanda), cada uma entre o alimentando e um coobrigado, provável alimentante, que poderão, redundar, em um leque maior de 'opção' de efetivação da sentença em seu favor". (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 286).

doutrinadores a relacionar este instituto com o chamamento ao processo, que é intervenção de terceiro provocada pelo réu. É exatamente isso o que queremos evitar. Não temos dúvida em afirmar que este é o ponto-chave para a compreensão deste art. 1.698.[159]

De acordo com o enunciado n. 523 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, a legitimidade para requerer o chamamento é de ambas as partes: "O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 Código Civil pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado".

O STJ decidiu que o art. 1.698 do Código Civil autoriza que coobrigados aos alimentos chamem ao processo outros coobrigados que não haviam sido demandados: "STJ, 4ª T., REsp n. 964.866/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 01.03.2011, publicado no DJe de 11.03.2011: PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS. FILHOS MAIORES E CAPAZES. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE DOS PAIS. GENITORA QUE EXERCE ATIVIDADE REMUNERADA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. ART. 1.698 DO . INICIATIVA DO DEMANDADO. AUSÊNCIA DE ÓBICE LEGAL. RECURSO PROVIDO. 1. A obrigação alimentar é de responsabilidade dos pais, e, no caso de a genitora dos autores da ação de alimentos também exercer atividade remuneratória, é juridicamente razoável que seja chamada a compor o polo passivo do processo a fim de ser avaliada sua condição econômico-financeira para assumir, em conjunto com o genitor, a responsabilidade pela manutenção dos filhos maiores e capazes. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, "o demandado (...) terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras" (REsp n. 658.139/RS, Quarta Turma, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 13/3/2006.) 3. Não obstante se possa inferir do texto do art. 1.698 do CC – norma de natureza especial – que o credor de alimentos detém a faculdade de ajuizar ação apenas contra um dos coobrigados, não há óbice legal a que o demandado exponha, circunstanciadamente, a arguição de não ser o único devedor e, por conseguinte, adote a iniciativa de chamamento de outro potencial devedor para integrar a lide".

É razoável conferir ao Ministério Público, quando intervier na ação de alimentos (art. 178, II, CPC), a legitimidade para requerer a inclusão deste terceiro no polo passivo da demanda, tendo em vista a sua condição de assistente diferenciado.

159. Ainda nesse sentido, muito embora discorde da classificação dessa intervenção de terceiros como chamamento ao processo, cf.: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. "Considerações sobre a intervenção de terceiros trazida no art. 1.698 do CC: a questão da complementação dos alimentos pelos parentes". *O Terceiro no processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos*: Estudos em homenagem ao Prof. Athos Gusmão Carneiro. DIDIER JR., Fredie. *et alli* (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 357-359.

No entanto, não se deve admitir a atuação de ofício nesses casos[160], tendo em vista que a norma é dirigida ao autor e à atuação do Ministério Público, valendo mencionar, consoante explicitado anteriormente, que o STJ ainda admite a atuação do réu.

> Há também entendimento no STJ no sentido de que, em regra, há um litisconsórcio facultativo nos graus diversos de parentesco; no entanto, quando há várias pessoas no mesmo grau de parentesco, seria hipótese de solidariedade e de litisconsórcio necessário passivo entre eles. Há na doutrina quem concorde com essa solidariedade, mas entenda ser hipótese de litisconsórcio facultativo simples com a possibilidade de direito de regresso.[161]

Em razão da necessidade de estabilização objetiva e subjetiva do processo, esta intervenção somente poderia ocorrer até o saneamento do processo – como de regra ocorre com as modalidades de intervenção de terceiro. Discorda-se, no particular, de Yussef Said Cahali, que defende que esta intervenção de terceiro se opera por provocação do réu. O próprio jurista, entretanto, afirma que seria uma intervenção em benefício do autor, "a fim de possibilitar a este exigir conjuntamente de todas as pessoas obrigadas a prestar alimentos o cumprimento da totalidade do encargo, concorrendo qual na proporção dos respectivos recursos".[162]

Nada impede, contudo, que o alimentando proponha de logo a demanda em face de todos os devedores-comuns que estejam no mesmo grau, em litisconsórcio facultativo simples – a sentença fixará a proporção com que cada um dos obrigados deverá concorrer. É possível, até mesmo, a propositura de demanda em face de devedores que estejam em graus diversos (mãe e avó, p. ex; arts. 1.696 e 1.697 do Código Civil), valendo-se o autor do instituto do *litisconsórcio facultativo eventual*.[163]

---

160. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. "Alimentos no Código Civil de 2002: o direito material e o processual, com enfoque nos terceiros legitimados para a ação e a condição em que a integram, segundo o art. 1.698, última parte, do CC e rápida alusão ao Estatuto do Idoso". *O Terceiro no processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos*: Estudos em homenagem ao Prof. Athos Gusmão Carneiro. DIDIER JR., Fredie. *et alli* (Org.). São Paulo: RT, 2010, p. 112.

161. WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. "Considerações sobre a intervenção de terceiros trazida no art. 1.69 do CC: a questão da complementação dos alimentos pelos parentes". *O Terceiro no processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos*: Estudos em homenagem ao Prof. Athos Gusmão Carneiro. DIDIER JR., Fredie. *et alli* (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 354-356; STJ, 4ª T., REsp n. 958.513/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 22.02.2011, publicado no DJe de 01.03.2011. Essa posição afigura-se incorreta: a) cria-se hipótese de solidariedade em clara violação a texto de lei, pois o art. 1.698 do Código Civil é expresso ao afirmar em concorrência na proporcionalidade dos recursos e não em solidariedade; b) a inexistência de solidariedade é uma das características da obrigação alimentar, consoante mencionado anteriormente; c) cria-se mais uma hipótese de litisconsórcio necessário simples sem previsão legal.

162. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, p. 171. Pontes de Miranda seguiu trilha parecida: "O réu pode pedir a citação dos outros devedores, ou deixar que a ação prossiga, ficando a ação de reembolso contra os outros, se for o caso"; sucede que ele próprio afirma: "Se há dois ou mais devedores do mesmo grau, podem ser demandados alguns ou todos, ou um só. (...) Cada obrigado pode exigir que se lhe determine a quota". (*Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, t. 9, § 1.001, p. 221).

163. Aderiu a este posicionamento, GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 50; TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Método, 2012, p. 180.

Neste caso, na sentença o juiz verificará primeiro a existência da obrigação do obrigado principal; se não lhe for imputado o dever de pagar toda a obrigação alimentícia, o magistrado avançará e certificará a existência da obrigação em face do devedor subsidiário; se já lhe for imputado o dever de pagar toda a obrigação, ficará o juiz dispensado de examinar o pedido eventual de condenação do obrigado subsidiário, eis que se tornou desnecessário.

Uma última observação se impõe.

Há quem entenda que haveria a possibilidade de haver demanda direta contra parente de grau mediato, "pulando" o grau imediato; por exemplo, seria possível haver demanda de alimentos proposta diretamente contra os avós.

Este entendimento funda-se na ideia de que, se não fosse assim, o acesso à justiça e a duração razoável do processo estariam comprometidos[164]. Em *sentido contrário*, já afirmou o STJ que "é inviável a ação de alimentos ajuizada diretamente contra os avós paternos, sem comprovação de que o devedor originário esteja impossibilitado de cumprir com o seu dever"[165]. O posicionamento do STJ é o correto; a possibilidade de demanda direta contra o avô viola a *ratio* do art. 1.698 Código Civil, que claramente prevê um caráter subsidiário no pagamento dos alimentos pelos graus de parentesco mais distantes. O caso pode ser bem resolvido – os princípios constitucionais estarão observados – pela técnica do litisconsórcio eventual, consoante defendido neste *Curso*.

> O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) inovou no tratamento da obrigação alimentar, prevendo, no art. 12, a solidariedade da obrigação alimentar em favor de idoso. A regra é esdrúxula e foge à tradição de a obrigação alimentar ser devida nos limites da capacidade econômica do devedor. Caso a regra seja interpretada literalmente (o que não nos parece correto),[166] é possível dizer que, no processo de alimentos cujo autor é idoso, admitem-se tanto a intervenção por provocação do demandante, ora comentada, como, também, o chamamento ao processo, em razão do vínculo de solidariedade que une o devedor-demandado e outro codevedor, em face de quem a demanda não foi inicialmente formulada.
>
> Em face da previsão de solidariedade, permite-se ao idoso escolher contra quem irá requerer os alimentos (STJ, 3ª T., REsp n. 775.565/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 13.06.2006, publicado no DJ de 26.06.2006, p. 143).

164. TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Método, 2012, p. 180.

165. STJ, 3ª T., HC n. 38314/MS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 22/02/2005, publicado no DJ de 04.04.2005, p. 297.

166. "Como a obrigação alimentar é intrinsecamente incompatível com a solidariedade, já que cada devedor só responde na medida de sua possibilidade, tanto assim que não há direito de regresso entre coobrigados, a previsão do Estatuto do Idoso só pode significar a possibilidade de a ação ser ajuizada simultaneamente contra todos os coobrigados, garantindo maior êxito no recebimento de alimentos condizentes com sua necessidade". (GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*, cit., p. 50).

CAPÍTULO 14

Alienação da coisa ou do direito litigioso

Permite-se que, na pendência do processo, uma das partes aliene, a título particular, a coisa ou o direito litigioso (objeto da controvérsia) a um terceiro[1]. Essa alienação, que é um negócio jurídico, é válida e eficaz em relação aos seus participantes. Esse capítulo é destinado a examinar quais são os reflexos deste negócio jurídico na relação jurídica processual, demonstrando de que modo o Direito Processual cuidou de harmonizar essa situação.

> À primeira vista, pode parecer estranha a permissão de transmissão de coisa ou de direito litigioso. Sucede que essa permissão possui vários fundamentos. Por exemplo, se não fosse possível negociar "direitos litigiosos", o tráfego jurídico ficaria sensivelmente engessado. Bastaria que alguém propusesse uma demanda para discutir a titularidade de determinada coisa para que ela saísse do comércio jurídico, por mais infundada que fosse a sua pretensão. Ademais, é preciso proteger os interesses do transmitente: "Apesar de o direito litigioso ou contestado ter um valor económico inferior a um outro, de conteúdo idêntico, mas não contestado judicialmente, nada obsta a que aquela situação jurídica seja transaccionada. Deste modo, pode existir um interesse legítimo e sério na transmissão de um direito litigioso. Ora, este interesse merece protecção, pelo que os ordenamentos processuais instituem, não uma proibição, mas uma permissão de transmissão, tutelando-se, deste modo, tanto o interesse do transmitente, como os interesses do tráfego jurídico" [2].
>
> Basta lembrar as diversas aquisições de instituições bancárias por outras de maior porte: ao "comprar" outra instituição financeira, o banco adquirente assume a titularidade de todos os direitos litigiosos e, do mesmo modo, das situações jurídicas passivas litigiosas ("débitos litigiosos"). É por isso que o banco adquirente assume a posição processual do banco "adquirido".

1. Sobre as teorias acerca do conceito do direito litigioso, conferir o primoroso trabalho de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 07-68.
2. SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 93.

A litispendência é pressuposto para a ocorrência de uma alienação da coisa ou do direito litigioso. Consoante será visto no capítulo sobre a citação, a coisa/direito torna-se litigioso a partir da *litispendência* (existência do processo). Para o demandante, a litispendência se inicia com a propositura da ação (art. 312 do CPC). Para o réu, com a citação (art. 240 do CPC)[3]. Não é totalmente correto, portanto, dizer que é a citação que torna litigiosa a coisa; isso apenas vale para o réu.

Sucede que, como se trata de transferência de coisa/direito litigioso, é possível que, terminado o processo, a parte adversária da alienante seja a vitoriosa. Embora, do ponto de vista do direito material, o objeto tenha sido transferido, essa sucessão material se deu na pendência de um processo em que se discutia exatamente a titularidade do bem transferido.

É preciso, então, verificar em que medida esse negócio jurídico repercute no processo pendente.

Para compreender o fenômeno, é interessante trabalhar com um exemplo: "A" demanda contra "B", disputando a titularidade da coisa "X"; "B" aliena a "C", a título particular, a coisa litigiosa. "A" será chamado, a partir de agora, de *adversário;* "B", de *alienante/cedente*; "C", de *adquirente/cessionário.*

A primeira observação a ser feita é a seguinte: a alienação, embora válida e eficaz para as partes do negócio ("B" e "C"), é *ineficaz* em relação a "A". Assim, a sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário (§ 3º do art. 109 do CPC). Em razão disso, se "A" (*adversário*) for o vencedor do processo, poderá buscar a coisa/direito de "C". A coisa julgada, como se vê, repercute na esfera jurídica do *adquirente*, mesmo sendo ele um *terceiro* (excepciona-se, aqui, a regra do art. 506 do CPC, que restringe a eficácia subjetiva da coisa julgada às partes processuais).

> O fundamento da extensão da coisa julgada ao terceiro *adquirente/cessionário*, mesmo que não tenha intervindo no processo, é exatamente a *legitimação extraordinária* atribuída ao *alienante/cedente*. Como se viu neste *Curso*, a coisa julgada proveniente de um processo conduzido pelo *substituto processual* vincula o *substituído*.[4] Esse é mais um caso que corrobora essa regra.

Não se deve ignorar, porém, que a boa-fé do terceiro adquirente deva ser protegida.

---

3. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 101-102.
4. "Assim, a regra da vinculação do transmissário aos efeitos da sentença... permite atribuir coerência a uma situação processual verdadeiramente peculiar". (SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 280).

Se a pendência do processo for sujeita a registro ou averbação e o autor não o tiver providenciado, a extensão da coisa julgada não ocorrerá[5]. É o que acontece em relação à aquisição de *imóvel litigioso*, se a pendência da "ação real imobiliária" não tiver sido averbada na matrícula do imóvel, como determina o art. 167, I, n. 21, da Lei 6.015/1973. Neste caso, não é possível a extensão da coisa julgada ao terceiro, que, diante de um registro imobiliário em que não há a notícia da pendência da ação real, não pode ser surpreendido com uma decisão contrária ao seus interesses. Essa exigência decorre, também, do art. 792 do CPC, que, bem compreendido, protege a boa-fé de terceiro em relação à alienação de bens imóveis litigiosos. O § 3º do art. 109 do CPC exige o conhecimento pelo terceiro adquirente da *litispendência*, para que se lhe possa estender a coisa julgada desfavorável ao alienante.

Note que, a partir da alienação, o *alienante/cedente* permanecerá no processo discutindo, em nome próprio, interesse *alheio*. A coisa ou o direito, agora, pertence ao *adquirente/cessionário*. Após a alienação da coisa ou do direito litigioso, a parte alienante passa a ser *legitimada extraordinária*, *substituta processual* do *adquirente/cessionário*. É um caso de *legitimação extraordinária/substituição processual superveniente*.[6]

O *caput* do art. 109 do CPC prescreve que "alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes".

É preciso compreender o texto corretamente: significa que, com a alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, o *alienante/cedente* permanece com *legitimidade ad causam*; não será, em razão da sucessão no direito litigioso, parte ilegítima. A espécie de *legitimação*, porém, *é outra*, pois, estando em juízo defendendo direito de terceiro, deixa de ser *legitimado ordinário* (discutindo em nome próprio direito próprio) e passa a ser *substituto processual* do *adquirente/cessionário*. Essa transformação do tipo de legitimidade do *alienante/cedente* é o primeiro efeito processual da alienação da coisa ou do direito litigioso. Não é correto, portanto, dizer que essa alienação é *ineficaz* para o processo, porquanto, como se vê, ela repercute juridicamente na relação processual, alterando a *situação jurídica* do *alienante/cedente*.

---

5. Nesse sentido, a título de comparação, o n. 3 do art. 263º do CPC de Portugal: "3. A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, exceto no caso de a ação estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de feito o registo da ação".
6. Sobre o tema, amplamente, SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, especialmente as p. 303-308. Ainda neste sentido, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª ed., cit., p. 196-197; FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil*. 5ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 255; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 217.

É possível, no entanto, que a *sucessão no direito litigioso* implique, também, uma *sucessão processual*.

O *adquirente/cessionário* pode *suceder* o *alienante/cedente*. "C" pode assumir a posição processual de "B", tornando-se, no exemplo sugerido, *réu*. Nesse caso, "B" sairia do processo. É ônus de "C" formular esse pedido de sucessão, que poderá ocorrer a qualquer tempo no processo.[7] Com a *sucessão*, o *adquirente/cessionário* assume o processo no estado em que se encontra, podendo aproveitar apenas as "oportunidades processuais em relação às quais não se tenha operado a preclusão, beneficiando-se, por outro lado, das que tenham sido exercidas pelo antecessor"[8].

Para que a *sucessão* ocorra, porém, é preciso que "A" consinta com a *sucessão processual*. Perceba que "A" (*adversário*) nada pode fazer em relação à sucessão no plano do direito material, mas, em relação ao processo, a alteração subjetiva somente acontece com a sua aceitação. É isso o que está disposto no § 1º do art. 109 do CPC: "O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária". A recusa não pode ser imotivada; não se admite atuação processual sem interesse jurídico (art. 18, CPC) ou abusiva (art. 5º, CPC); toda atuação processual deve ser avaliada pelo juiz[9]. Muito a propósito, também aqui, o n. 2 do art. 271 do CPC português: "2. A substituição é admitida quando a parte contrária esteja de acordo. Na falta de acordo, só deve recusar-se a substituição quando se entenda que a transmissão foi efectuada para tornar mais difícil, no processo, a posição da parte contrária". O consentimento pode ser tácito, aplicando-se, no particular, a regra do art. 111 do Código Civil[10], se o caso envolver direitos disponíveis.

> "B" pode *optar* por ficar no processo na qualidade de *assistente simples* de "C", já que, por exemplo, no negócio jurídico por eles firmado, pode ter ficado estabelecido dever de "B" indenizar "C" em caso de derrota para "A"[11].
>
> Assim, para que haja a *sucessão processual*, é preciso o concurso de três vontades: do *adquirente/cessionário*, que pede a sucessão; do

7. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 183.
8. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed., cit., p. 204.
9. "São justos motivos para a recusa de parte do adversário: a inexistência ou falsidade do ato de transmissão; o se tratar de direito intransmissível, segundo o direito material; o perigo de não ser possível obter do sucessor o reembolso das despesas processuais e o pagamento da verba honorária decorrente da sucumbência; ou de modo geral, se a substituição vem agravar, de alguma maneira, a posição da parte contrária" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª ed., cit., p. 190.)
10. "Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa". Em sentido diverso, afirmando que, no caso, deve prevalecer, por analogia, o disposto no art. 299 do Código Civil, que, ao cuidar da *assunção da dívida*, exige consentimento expresso do *credor*, FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil*. 5ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 254-255.
11. Assim, também, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª., cit., p. 187.

> *alienante/cedente*, que prefere sair do processo; *do adversário*, que consente com a alteração subjetiva[12]. Note, então, que a sucessão processual decorrente da transmissão do direito litigioso por ato *inter vivos* é um negócio jurídico processual.
>
> A sucessão voluntária no polo ativo do processo de execução independe de consentimento do executado (art. 778, §2º, CPC).

Se, porém, o *adversário* não permitir a *sucessão processual*, "C" (*adquirente/cessionário*) poderá intervir como assistente litisconsorcial de "B" (*alienante/cedente*), na forma do § 2º do art. 109 do CPC: "O adquirente ou o cessionário poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial[13] do alienante ou cedente". Note que se trata de assistência *litisconsorcial*, pois "C" estará em juízo defendendo o *próprio interesse*[14], formando um litisconsórcio com o seu *substituto processual* (legitimado extraordinário). O *assistente litisconsorcial* é *parte*. Conforme apontado no capítulo sobre litisconsórcio, o litisconsórcio que se forma entre *legitimado ordinário* ("C") e *legitimado extraordinário* ("B") é *unitário*, pois ambos discutem uma única relação jurídica (a titularidade da coisa/direito "X"), que terá solução uniforme para ambos (ou "X" é de "A" ou de "C"). Sucede que o *substituto processual*, embora litisconsorte, não pode dispor do direito material discutido, que não mais lhe pertence; não poderá, por exemplo, reconhecer a procedência do pedido, conduta determinante que somente pode ser praticada pelo *adquirente/cessionário*.

É preciso, ainda, fazer uma observação. A transmissão pode ser parcial. Se isso acontecer, o *alienante/cedente* pode permanecer no processo também na qualidade de legitimado ordinário, defendendo o seu próprio interesse, que ainda remanesce[15].

Como se vê, a *alienação da coisa ou do direito litigioso* é um fato jurídico que pode gerar *substituição processual superveniente, assistência litisconsorcial, assistência simples, sucessão processual* e *eficácia da coisa julgada em relação a terceiro*. É, pois, instituto que somente pode ser bem compreendido se, antes, forem bem compreendidas as noções sobre legitimação extraordinária e intervenção de terceiros, vistas em capítulos anteriores.

---

12. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed., cit., p. 188.
13. Acolheu-se entendimento doutrinário antigo: NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 217; FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil*. 5ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 259; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 1.
14. "O adquirente ou cessionário do direito controvertido é o *titular* da relação jurídica controvertida, em um de seus polos. O seu interesse na solução do conflito é, assim, direto, e a sentença proferida entre as partes originárias produzirá em relação a ele coisa julgada material (art. 42, § 3º, CPC); há eficácia direta e não reflexa da sentença... Após a alienação o que se discute no processo é a *sua* relação jurídica com a contraparte, porque o sucessor passa a ser o titular do direito litigioso". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª ed., cit., p. 173). O §3º do art. 42 do CPC/1973 corresponde ao §3º do art. 109 do CPC.
15. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 181.

Se, porém, o adversário não permitir a sucessão processual "C" (adquirente/cedente) poderá intervir como assistente litisconsorcial de "B" (alienante/cedente), na forma do § 2º do art. 109 do CPC: "O adquirente ou o cessionário poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial do alienante ou cedente". Note que se trata de assistência litisconsorcial, pois "C" estará em pleno defendendo o próprio interesse", formando um litisconsórcio com o seu substituto processual (legitimado extraordinário). O assistente litisconsorcial é parte. Conforme aponta do no capítulo sobre litisconsórcio, o litisconsórcio que se forma entre legitimado ordinário ("C") e legitimado extraordinário ("B") é unitário, pois ambos discutem uma única relação jurídica (a titularidade da coisa/direito "X") que terá solução unitária para ambos ("X" é de "A" ou de "C"). Sucede que o substituto processual, embora litisconsorte, não pode dispor do direito material discutido, que não mais lhe pertence; não poderá, por exemplo, reconhecer a procedência do pedido, conduta determinante que somente pode ser praticada pelo adquirente/cessionário.

É preciso, ainda, que haja uma observação. A transmissão pode ser parcial. Se isso ocorrer, o alienante/cedente pode permanecer no processo também na qualidade de legitimado ordinário, defendendo o seu próprio interesse, que ainda remanesce[15].

Como se vê, a alienação da coisa ou do direito litigioso é um fato jurídico que pode gerar substituição processual superveniente, assistência litisconsorcial, assistência simples, sucessão processual e ela mesma coisa julgada em relação a terceiros. E pois instituto que somente pode ser bem compreendido se, antes, for bem compreendidas as noções sobre legitimação extraordinária e intervenção de terceiros, vistas em capítulos anteriores.

---

2 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2ª ed. cit. p. 188.

3 Acolhendo-se entendimento doutrinário antigo: NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado. cit. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 217; FERREIRA, William Santos. Situação jurídica no processo do alienante de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". Leituras complementares de Processo civil. 5ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007. p. 259; DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2004, v. 1.

4 "O adquirente ou cessionário do direito controvertido é o titular da relação jurídica controvertida, em um de seus polos. O seu interesse na solução do conflito é, assim, direto e a sentença proferida entre as partes ou ainda produzirá em relação a ele coisa julgada material (art. 5º, § 3º, CPC)" (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1. p. 193).

5 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 181.

CAPÍTULO 15

Formação do processo e petição inicial

Sumário • 1. Formação do processo – 2. Petição inicial e demanda – 3. Requisitos da petição inicial: 3.1. Forma; 3.2. Assinatura de quem possua capacidade postulatória; 3.3. Indicação do juízo a que é dirigida a demanda; 3.4. Qualificação das partes; 3.5. Causa de pedir: o fato e o fundamento jurídico do pedido; 3.6. O pedido; 3.7. Atribuição de valor à causa; 3.8. A indicação dos meios de prova com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; 3.9. Opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação; 3.10. Documentos indispensáveis à propositura da demanda – 4. Emenda da petição inicial – 5. Indeferimento da petição inicial: 5.1. Considerações gerais; 5.2. Hipóteses de indeferimento: 5.2.1. Inépcia; 5.2.2. Ilegitimidade da parte; 5.2.3. Falta de interesse processual; 5.2.4. Não atendimento ao disposto nos arts. 106 e 321 – 6. Pedido: 6.1. Conceito e divisão; 6.2. Requisitos; 6.3. Cumulação de pedidos: 6.3.1. Cumulação própria: simples ou sucessiva; 6.3.2. Cumulação imprópria: subsidiária ou alternativa; 6.3.3. Cumulação inicial e cumulação ulterior; 6.3.4. Requisitos para a cumulação: 6.3.4.1. Compatibilidade dos pedidos; 6.3.4.2. Competência; 6.3.4.3. Identidade do procedimento ou conversibilidade para o procedimento comum. Cláusula geral de adaptabilidade do procedimento comum; 6.4. Ampliação da demanda; 6.5. Redução da demanda; 6.6. Alteração objetiva da demanda; 6.7. Espécies de pedido: 6.7.1. Pedido genérico; 6.7.2. Pedido alternativo; 6.7.3. Pedido relativo a obrigação indivisível; 6.8. Interpretação do pedido e pedido implícito: 6.8.1. Interpretação da petição inicial. Regras gerais sobre a interpretação dos atos postulatórios; 6.8.2. Pedido implícito.

1. FORMAÇÃO DO PROCESSO

O processo nasce com a propositura da demanda.

A data do protocolo da petição inicial é a data de início do processo. A partir daí, o processo, já existente, se *desenvolve*, com a prática de novos atos (despacho da petição inicial, citação, resposta do réu, saneamento do processo, produção de provas, decisão, recursos etc.) e com o surgimento de relações jurídicas processuais. É esse desenvolvimento do processo que o transforma em uma série de atos e em um feixe de relações jurídicas, tal como explicado no capítulo introdutório deste *Curso*.

A demanda considera-se proposta na data em que a petição inicial foi protocolada (art. 312, CPC).

A partir desta data, surge a *litispendência* (a pendência da causa): o processo existe e, para o autor, todos os efeitos daí decorrentes se produzem. Isso quer dizer que, para o autor, por exemplo, a coisa ou o direito discutido é litigioso – se, porventura, o autor alienar o direito litigioso, passa a incidir o regramento do art. 109, CPC[1].

Para o réu, no entanto, a *litispendência* somente produz efeitos a partir da sua citação (art. 240, c/c art. 312, *fine*, CPC).

1. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 102.

2. PETIÇÃO INICIAL E DEMANDA

A relação entre petição inicial e demanda é a mesma que se estabelece entre a forma e o seu conteúdo. Do mesmo modo que o instrumento de um contrato não é o contrato, a petição inicial não é a demanda. A demanda é um ato jurídico que requer forma especial. A petição inicial é a forma da demanda, o seu instrumento;[2] a demanda é o conteúdo da petição inicial.

> Forma é o meio pelo qual a vontade se expressa, se exterioriza. Ao tempo em que serve para exteriorizar a vontade, a forma serve de prova para o ato jurídico. Para maior segurança, a lei às vezes impõe que determinados atos jurídicos se revistam de determinada forma. A demanda é um deles. O estudo dos requisitos da petição inicial, logo abaixo, não passa de estudo dos requisitos formais do ato jurídico demanda.

Como a demanda tem a função de bitolar a atividade jurisdicional, que não pode extrapolar os seus limites (decidindo além, aquém ou fora do que foi pedido), costuma-se dizer que a petição inicial é um projeto de sentença: contém aquilo que o demandante almeja ser o conteúdo da decisão que vier a acolher o seu pedido.

3. REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL

Vejamos um a um os requisitos formais da petição inicial.

3.1. Forma

A postulação inicial, como regra, deve ser escrita, datada e assinada. Admite-se postulação oral nos Juizados Especiais Cíveis (art. 14 da Lei n. 9.099/1999), pedido de concessão de medidas protetivas de urgência em favor da mulher que se afirma vítima de violência doméstica ou familiar (art. 12, Lei 11.340/2006) e no procedimento especial da ação de alimentos (art. 3º, § 1º, Lei n. 5.478/1968). Mesmo assim, a postulação oral sempre acaba por reduzir-se a termo escrito.

3.2. Assinatura de quem possua capacidade postulatória

A petição inicial deve vir assinada por quem tenha capacidade postulatória, normalmente o advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, o defensor público e o membro do Ministério Público.

Há, no entanto, algumas hipóteses em que o leigo tem capacidade postulatória: ação de alimentos (art. 2º, da Lei n. 5.478/1968); *habeas corpus*; Juizados Especiais

2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 10; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, v. I, p. 314.

Cíveis, na primeira instância, em causas cujo valor não exceda a vinte salários-mínimos[3]; pedido de concessão de medidas protetivas de urgência em favor da mulher que se afirma vítima de violência doméstica ou familiar (art. 27, Lei 11.340/2006).

A petição deve conter a indicação do endereço, eletrônico e não-eletrônico, do advogado e deve vir acompanhada da procuração (art. 287, CPC).

3.3. Indicação do juízo a que é dirigida a demanda

O autor tem de indicar o juízo (singular ou colegiado) perante o qual formula a sua pretensão, observando as regras sobre competência (art. 319, I, CPC).

O endereçamento far-se-á no cabeçalho da petição inicial. Devem ser observadas as designações corretas: a) comarca é unidade territorial da Justiça dos Estados; Seção Judiciária, da Justiça Federal; b) juiz federal qualifica o magistrado da Justiça Federal, e juiz de direito, o da Justiça Estadual etc. Segue um exemplo de endereçamento: "Exmo. Sr. Juiz de Direito da Vara de Família da Comarca de Salvador, Estado Federado da Bahia".

3.4. Qualificação das partes

O demandante apresentará a qualificação das partes (dele próprio e do réu).

Hão de constar, na petição inicial, os nomes, prenomes, estado civil, a existência de união estável, profissão, número no cadastro de pessoas físicas ou no cadastro nacional de pessoas jurídicas, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu (art. 319, II, CPC).

O que se pretende, com tal requisito, é evitar o processamento de pessoas incertas, bem como verificar a incidência de algumas normas que têm por suporte fático algum desses qualificativos (p. ex.: litisconsórcio necessário de pessoas casadas, art. 73, § 1º, do CPC; domicílio necessário de funcionários públicos, art. 76 do Código Civil; exigência de caução às custas para os autores estrangeiros ou nacionais não residentes no país, art. 83 do CPC etc.). A análise sobre a concessão dos benefícios da justiça gratuita (arts. 98 e segs., CPC) pauta-se, muita vez, nos dados que qualificam o litigante, como a sua profissão ou a atividade desenvolvida, quando se tratar de pessoa jurídica (as entidades filantrópicas, p. ex., têm recebido um tratamento jurisprudencial mais condescendente em relação à possibilidade de ser isentada do adiantamento das custas processuais).

Quando se trata de pessoa jurídica, é fundamental que a petição inicial venha acompanhada do estatuto social e da documentação que comprove a regularidade

3. No III Encontro Nacional dos Coordenadores dos Juizados Especiais, decidiu-se que: "A assistência obrigatória prevista na LJE 9º tem lugar a partir da fase instrutória, não se aplicando para a formulação do pedido e a sessão de conciliação."

da representação – notadamente para que se averigue se quem outorgou a procuração ao advogado, em nome da pessoa jurídica, poderia fazê-lo.

Se o autor for um nascituro, deverá ser identificado como "nascituro de fulana de tal" (nome da mãe).

Quando ignorada uma destas circunstâncias, deve o autor declinar esse fato na petição inicial. É possível demanda contra pessoa incerta, quando se deve proceder a um esboço de identificação, bem como será requerida a citação editalícia (art. 256, I, do CPC).

Há casos em que se torna inviável o cumprimento estrito da exigência formal de qualificação integral dos litigantes. A demanda possessória relacionada a uma ocupação de terra é um bom exemplo. Dada a existência de um número indeterminado, mas determinável, de pessoas no polo passivo, caracterizado está o chamado "litisconsórcio passivo multitudinário". Justamente porque existe este número indeterminado de pessoas no polo passivo, é tarefa difícil, senão impossível, exigir do demandante a perfeita identificação e qualificação de cada um dos réus, bem assim o conhecimento dos locais onde têm residência ou domicílio.

Joel Dias Figueira Jr. manifestou-se sobre o problema:

> "A indicação dos sujeitos integrantes do polo passivo da demanda, que, no caso, são os esbulhadores, deverá recair sobre todas aquelas pessoas suscetíveis de reconhecimento pelo meirinho quando do cumprimento do ato citatório, podendo ser através do nome, prenome ou alcunha, assim como, se conhecido o líder do movimento, esse deve ser identificado. (...) Nesses casos, resta ao possuidor esbulhado indicar na peça inaugural apenas a qualificação fundada em elementos que viabilizem a comunicação do ato citatório aos líderes do movimento (quando viável tal identificação, bem como ressaltar a existência de um número indeterminado de pessoas ocupantes da área de terra invadida, a fim de que o meirinho possa citar também esses réus incertos e desconhecidos que, no momento da efetivação da ordem judicial, possam ser identificados e efetivamente citados)".[4]

Por esta razão, fica mitigado o requisito exigido pelo Código de Processo Civil para a regularidade da petição inicial (art. 319, II, do CPC).[5]

O legislador, atento a essa circunstância, trouxe os temperamentos dos §§ do art. 319:

4. FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 252.
5. "Portanto, o primeiro obstáculo a transpor diz respeito aos termos da inicial. Nesses casos de litisconsórcio passivo multitudinário, a circunstância de a peça inaugural não trazer em seu bojo a indicação de todas as pessoas que devem figurar no polo passivo da demanda não pode obstar a necessária aptidão para encetar o prosseguimento do feito" (FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 251-252).

"§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça".

A Resolução n. 46 do Conselho Nacional de Justiça determina que "o cadastramento de partes nos processos deverá ser realizado, prioritariamente, pelo nome ou razão social constante do cadastro de pessoas físicas ou jurídicas perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante alimentação automática, observados os convênios e condições tecnológicas disponíveis" (art. 6º). Além disso, "na impossibilidade de cumprimento da previsão do caput, deverão ser cadastrados o nome ou razão social informada na petição inicial, vedado o uso de abreviaturas, e outros dados necessários à precisa identificação das partes (RG, título de eleitor, nome da mãe etc), sem prejuízo de posterior adequação à denominação constante do cadastro de pessoas físicas ou jurídicas perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil (CPF/CNPJ)" (art. 6º, par. ún.).

O art. 15 da Lei n. 11.419/2006, que regulamenta o processo eletrônico, dispõe que: "Salvo impossibilidade que comprometa o acesso à justiça, a parte deverá informar, ao distribuir a petição inicial de qualquer ação judicial, o número no cadastro de pessoas físicas ou jurídicas, conforme o caso, perante a Secretaria da Receita Federal".

3.5. Causa de pedir: o fato e o fundamento jurídico do pedido

Como instrumento da demanda, a petição inicial deve revelá-la integralmente. Além do pedido e dos sujeitos, deve a petição inicial conter a exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, que formam a denominada causa de pedir (art. 319, III, CPC).

"Compõem a *causa petendi* o fato (causa remota) e o fundamento jurídico (causa próxima)".[6] A causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fato(s) da vida juridicizado(s) pela incidência da hipótese normativa) e a relação jurídica, efeito daquele fato jurídico, trazidos pelo demandante como fundamento do seu pedido.

6. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 154. E prossegue o mesmo autor: "Inferida, da exposição da causa de pedir remota, a relação fático-jurídica existente entre as partes, a *causa petendi proxima* (ou geral) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada *in statu assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata sequência, a materialização, no pedido, da consequência jurídica alvitrada pelo autor" (ob. cit., p. 155).

> "Cada regra de direito enuncia algo sobre fatos (positivos ou negativos). Se os fatos, de que trata, se produzem, sobre eles incide a regra jurídica e irradia-se deles (feitos, com a incidência, jurídicos) a eficácia jurídica. Já aqui estão nitidamente distinguidos, apesar da confusão reinante na ciência europeia: a eficácia da regra jurídica, que é a de incidir, eficácia 'legal' (da lei), eficácia nomológica (= da regra jurídica); e a eficácia jurídica, mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos.
>
> Seria erro dizer-se que é a regra jurídica que produz a eficácia jurídica; a eficácia jurídica provém da juridicização dos fatos (= incidência da regra jurídica sobre os fatos, tornando-os fatos jurídicos)".[7]

Tem, assim, o autor de, em sua petição inicial, expor todo o quadro fático necessário à obtenção do efeito jurídico perseguido, bem como demonstrar como os fatos narrados autorizam a produção desse mesmo efeito (deverá o autor demonstrar a incidência da hipótese normativa no suporte fático concreto).

Adotou o nosso CPC a chamada teoria da substancialização da causa de pedir, segundo a qual se exige do demandante indicar, na petição inicial, qual o fato jurídico e qual a relação jurídica dele decorrente. Não basta a indicação da relação jurídica, efeito do fato jurídico, sem que se indique qual o fato jurídico que lhe deu causa – que é o que prega a teoria da individualização.[8]

Com isso, a pluralidade de fatos jurídicos implicará a pluralidade de demandas – hipótese muito comum em ação rescisória, quando o demandante pede a rescisão do julgado com fundamento em mais de uma das hipóteses previstas no art. 966 do CPC.[9]

Por vezes, a causa de pedir é composta. Diz-se composta a causa de pedir "na hipótese em que corresponde a uma pluralidade de fatos individuadores de uma única pretensão".[10] Se um dos elementos do suporte fático não estiver presente na narrativa do autor *(in statu assertionis)* a causa de pedir não se completa e, portanto, a petição não pode ser admitida.

> Um exemplo pode ser interessante para o correto entendimento do tema. A causa de pedir na ação de responsabilidade civil subjetiva é composta. O substrato fático que autoriza a incidência do art. 186 do Código Civil compõe-se de quatro elementos:[11] conduta, culpa, nexo de causalidade e dano. Só terá direito à indenização (respon-

7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. I, p. 17.
8. "A causa de pedir se completa, segundo a teoria em apreço, somente pela identificação, na inicial, da relação jurídica da que o autor extrai certa consequência jurídica". (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 136).
9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória". *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 205-206.
10. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 156.
11. "...em geral, o suporte fáctico é constituído por vários fatos... Esses fatos, que são transportados para o mundo jurídico por força da incidência, constituem o fato jurídico" (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 54-55).

> sabilidade civil; efeito jurídico) aquele que conseguir demonstrar a existência destes quatro requisitos (fato jurídico composto). A falta de um deles implica a impossibilidade de obter-se o efeito jurídico pretendido, pela insubsistência do fato tido por jurídico.[12] Não incidirá a norma pela falta de um dos elementos do suporte fático.

Não se deve confundir fundamento jurídico, com fundamentação legal, essa inclusive dispensável[13].

O magistrado está limitado, na sua decisão, aos fatos jurídicos alegados e ao pedido formulado – não o está, porém, ao dispositivo legal invocado pelo demandante, pois é sua a tarefa de verificar se houve a subsunção do fato à norma (ou seja, verificar se houve incidência).[14] O juiz pode decidir com base em norma distinta, preservados o direito afirmado e o pedido formulado – para tanto, porém, deverá observar o disposto no art. 10, que lhe impõe o dever de consultar as partes[15].

> "Importantes são os fatos que o juiz deve conhecer como narrados pelo autor, cumprindo-lhe proceder, mediante a atividade probatória processualmente admissível, à verificação dos mesmos, para tê-los ou não como verídicos. Importante é o pedido, que o juiz deve acolher ou rejeitar como foi ele formulado pelo autor, sem que se lhe permita ir além, ficar aquém ou fora do mesmo, ainda quando lhe seja permitido apenas deferi-lo parcialmente. A tipificação dos fatos pelo autor é irrelevante, pois se ele categorizou mal, do ponto de vista do direito, os fatos que narrou, pouco importa, pois o juiz conhece o direito e deve categorizá-los com acerto. E se os fatos, incorretamente categorizados, autorizam o pedido que foi feito, nenhum prejuízo pode decorrer para o autor do deslize técnico de seu advogado. Inversamente, se categorizou bem e pediu mal, em nada lhe aproveita ter sido exato na categorização dos fatos, pois que o juiz está adstrito ao pedido formulado, sem poder corrigi-lo de ofício".[16]
>
> José Roberto dos Santos Bedaque aponta a dificuldade prática de se distinguir fundamento legal de fundamento jurídico[17].

Há quem divida a causa de pedir em ativa e passiva, sendo aquela o fato constitutivo do direito e essa o fato que impulsiona o interesse de agir. "Se o autor reclama a restituição de quantia emprestada, a *causa petendi* abrange o empréstimo,

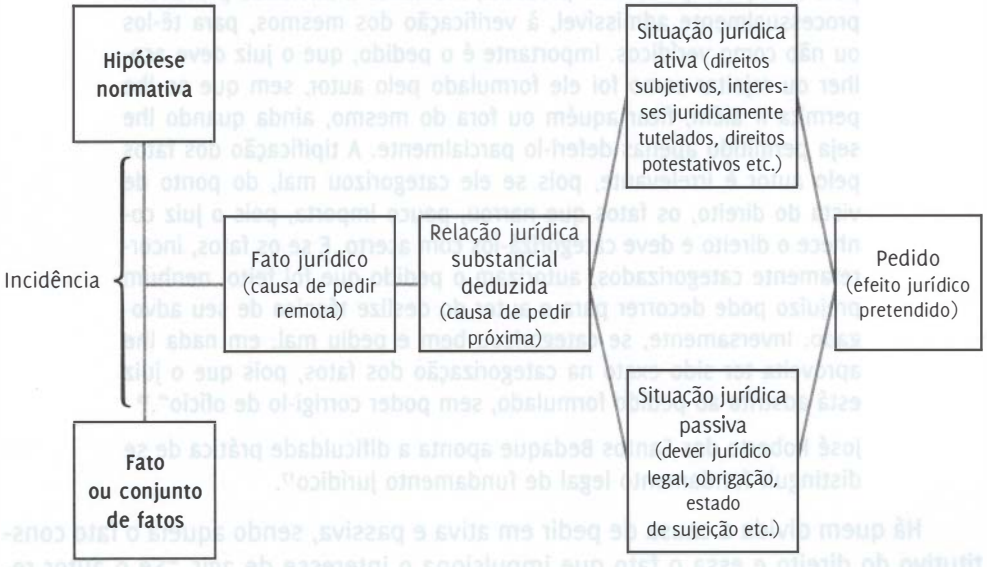
---

12. "...o fato jurídico há de ser considerado conceptualmente como unidade, embora possa ser constituído por vários fatos" (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55).
13. Assim, enunciado n. 281 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O enquadramento normativo dos fatos não é requisito da petição inicial e, uma vez existente, não vincula o órgão julgador".
14. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 159.
15. Assim, enunciado n. 282 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta previsto no art. 10".
16. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 159-160.
17. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 32.

fato constitutivo do direito alegado (aspecto ativo), e o não pagamento da dívida no vencimento, fato lesivo do direito alegado (aspecto passivo)".[18] Observe-se que tanto a causa ativa como a causa passiva são englobadas pela chamada causa de pedir remota: o fato jurídico, que se divide em duas dimensões, ativa e passiva.[19]

Por fim, uma observação. Se a demanda introduz a afirmação da existência de (ao menos) uma relação jurídica substancial, é absolutamente fundamental que estejam presentes na petição inicial os elementos que compõem a relação jurídica: o fato jurídico, o objeto e os sujeitos. Não é outra a razão pela qual os elementos da demanda são a causa de pedir (fato jurídico), o pedido (objeto) e as partes (sujeitos). A causa de pedir decorre, portanto, do direito material[20] – aliás, como ocorre com os outros elementos da demanda.

Eis o esquema-mínimo[21] que sintetiza o fenômeno jurídico e que deve constar da petição inicial (normalmente, a situação jurídica ativa corresponde à posição do autor, a passiva, à do réu):



18. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 15.
19. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 154.
20. "De qualquer forma, a causa de pedir, quer para os adeptos da teoria da individuação, quer para os defensores da substanciação, revela o nexo existente entre o direito material e o processo. (...) O que parece importante ressaltar é a impossibilidade absoluta de se ignorar o nexo entre direito e processo, na determinação da causa de pedir e do objeto do processo. A causa de pedir constitui o meio pelo qual o demandante introduz o seu direito subjetivo (substancial) no processo". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.) São Paulo: RT, 2002, p. 30).
21. Fala-se de esquema mínimo, pois não se desconhece que, na aplicação do direito, há outras circunstâncias que exercem influência bastante significativa, tais como os aspectos políticos e axiológicos, que não podem ser olvidados.

3.6. O pedido

Toda petição inicial deve conter ao menos um pedido, com suas especificações (art. 319, IV, CPC). Trata-se de requisito elementar do instrumento da demanda, pois não se pode falar, no plano lógico, de petição sem pedido. Petição sem pedido é petição inepta, a ensejar o seu indeferimento. O exame do pedido será feito, com o cuidado que este requisito requer, em item próprio, linhas abaixo.

3.7. Atribuição de valor à causa

Em toda petição inicial deve constar o valor da causa, cuja fixação seguirá o que dispõem os arts. 291–293 do CPC (art. 319, V, CPC).

Não há causa sem valor, assim como não há causa de valor inestimável ou mínimo, expressões, tão frequentes quanto equivocadas, encontradas na praxe forense. O valor da causa deve ser certo e fixado em moeda corrente nacional.

> Nesse sentido, cabe trazer o enunciado n. 261 da súmula do TFR: "No litisconsórcio ativo voluntário, determina-se o valor da causa, para efeito de alçada recursal, dividindo-se o valor global pelo número de litisconsortes".

3.8. A indicação dos meios de prova com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados

O autor indicará quais os meios de prova de que se irá valer para comprovar as suas alegações (art. 319, VI, CPC). Tem pouca eficácia prática o dispositivo: a) o órgão julgador pode determinar *ex officio* a produção de provas (art. 370 do CPC); b) no momento próprio – fase de saneamento do processo – as partes são intimadas para indicar de quais meios de prova se servirão.

3.9. Opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação

O autor tem de manifestar a sua opção pela realização ou não de audiência preliminar de conciliação ou mediação (art. 319, VII, CPC).

Essa audiência preliminar ocorrerá antes de o réu apresentar a sua resposta. Se autor e réu manifestarem expressamente a vontade de não resolverem o litígio por autocomposição, a audiência não ocorrerá (art. 334, §4º, I, CPC). A manifestação do autor nesse sentido tem de ser feita na petição inicial.

Se o autor não observar esse requisito, a petição *não deve ser indeferida por isso, nem há necessidade de o juiz mandar emendá-la*. Deve o juiz considerar o silêncio do autor como indicativo da vontade de que haja a audiência de conciliação

ou mediação. Assim como o réu (art. 334, §5º), também o autor tem de *dizer expressamente* quando *não* quer a audiência; o silêncio pode ser interpretado como não-oposição à realização do ato.

3.10. Documentos indispensáveis à propositura da demanda

A petição inicial deve vir acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da causa (art. 320, CPC)[22].

Como regra, deve-se produzir a prova documental no momento da postulação (art. 434 do CPC).

Consideram-se *indispensáveis* tanto os documentos que a *lei* expressamente exige para que a demanda seja proposta (título executivo, na execução; prova escrita, na ação monitória etc.; procuração, em qualquer caso) – *documentos substanciais*, na classificação de Amaral Santos –, como também aqueles que se tornam indispensáveis porque o *autor* a eles se referiu na petição inicial, como fundamento do seu pedido – *documentos fundamentais*, na classificação de Amaral Santos.[23]

Cumpre, ainda, observar:

a) é possível a produção ulterior de prova documental (como, p. ex., nas hipóteses do art. 435 do CPC);

b) é possível o autor requerer a aplicação analógica do §1º do art. 319 do CPC, para que o juiz tome diligências necessárias à obtenção do documento;

c) pode o autor, na própria petição inicial, solicitar a exibição de documento que, não obstante tenha sido alvo de sua referência na petição inicial, porventura esteja em poder do réu ou de terceiro (art. 397 e segs. do CPC)[24]. O momento da produção da prova documental será estudado no volume 2 deste *Curso*, em capítulo específico.

4. EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL

Se a petição inicial estiver irregular, por lhe faltar algum dos seus requisitos, deve o magistrado intimar o autor para corrigi-la, emendando-a ou completando-a. É o que prescreve o art. 322 do CPC, que autoriza o magistrado a determinar a

22. Exemplo de documento indispensável à propositura de demanda é trazido pelo enunciado 11 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF, evento datado de 21 de Outubro de 2005. Enunciado 11: "No ajuizamento de ações no JEF, a microempresa e a empresa de pequeno porte deverão comprovar essa condição mediante documentação hábil".
23. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.2, p.138.
24. Nesse sentido, o enunciado n. 283 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Aplicam-se os arts. 319, § 1º, 396 a 404 também quando o autor não dispuser de documentos indispensáveis à propositura da ação".

emenda da petição inicial, no prazo de quinze dias, intimando-se o autor. O juiz indicará *com precisão o que deve ser corrigido ou completado.*

> Há posicionamento do STJ no sentido de ser esse prazo prorrogável, a critério do juiz. Nesse sentido, com referências a diversos julgados, cf.: STJ, 2ª S., REsp n. 1.133.689/PE, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 28.03.2012, publicado no DJe de 18.05.2012.
>
> Esse posicionamento, firmado ao tempo do CPC-1973, é fortalecido pelo disposto no art. 139, VI, CPC, que permite a dilação do prazo pelo juiz.

Conforme se disse acima, se o autor deixar de manifestar-se sobre a audiência preliminar de conciliação ou mediação, o juiz não deve indeferir nem mandar emendar a petição inicial. O juiz simplesmente considerará o silêncio do autor como não-oposição à realização da audiência.

Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 321, parágrafo único, CPC).

Permite-se, contudo, uma nova determinação de emenda, se a primeira correção não foi satisfatória. Mesmo que efetuada a emenda após o prazo concedido, ainda assim não se justifica o indeferimento[25]. Sempre que o defeito for sanável deve o magistrado determinar a emenda; não lhe é permitido indeferir a inicial sem que conceda ao autor a possibilidade de correção.

Não é sanável, p.ex., a falta de interesse de agir. É sanável, por exemplo, a ausência de juntada da tradução de um documento em língua estrangeira, mesmo que o art. 192 do CPC a exija expressamente[26].

É possível, ainda, a emenda da inicial mesmo após a contestação, desde que não enseje modificação do pedido ou da causa de pedir sem o consentimento do réu, quando então não seria emenda, mas alteração ou aditamento da petição inicial; se não for emendada a petição, impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito (STJ, 4ª T., AgRg no REsp n. 752.335/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 02.03.2010, publicado no DJe de 15.03.2010; STJ, 2ª T., REsp n. 1.291.225/MG, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 07.02.2012, publicado no DJe de 14.02.2012; STJ, 4ª T., AgRg no AREsp n. 255.008/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 19.02.2013, publicado no DJe de 04.03.2013; STJ, 3ª T., REsp n. 1.305.878/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 05.11.2013, publicado no DJe de 11.11.2013. Trata-se de aplicação das regras do aproveitamento dos atos processuais e da instrumentalidade das formas (arts. 276-283 do CPC).

---

25. STJ, 6ª T., Resp 38.812-0-BA, rel. Min. Pedro Acioli, DJU 10.10.94, p. 27.191.
26. STJ, 3ª T., REsp n. 1.231.152 Rel. Min. Nancy Andrighi, notícia veiculada em 26 de setembro de 2013: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111447&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco, acesso às 08 horas do dia 28 de setembro de 2013.

Na verdade, as regras decorrentes do art. 321 consagram o princípio da cooperação (art. 6º, CPC). O Código garante um *direito à emenda*[27]: não se permite ao juiz indeferir a petição inicial sem que, antes, determine a correção do defeito, com especificação clara do que precisa ser corrigido ou completado. O princípio da cooperação se revela em dois momentos: *dever de prevenção do juiz, que deve dar oportunidade de correção de defeito processual, e dever de esclarecimento, pois cabe ao juiz dizer precisamente qual foi o defeito que vislumbrou.*

> "Ofende o art. 284 do CPC o acórdão que declara extinto o processo, por deficiência da petição inicial, sem dar ao autor oportunidade para suprir a falha". (STJ, 1ª. T., Resp 114.092-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 04.05.1998). Nesse sentido, também: STJ, 1ª T., REsp n. 812.323/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 16.09.2008, publicado no DJe de 02.10.2008. As referências são ao art. 284 do CPC-1973, que corresponde ao art. 321 do CPC atual.

5. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

5.1. Considerações gerais

O indeferimento da petição inicial é decisão judicial que obsta liminarmente o prosseguimento da causa, pois não se admite o processamento da demanda.

O indeferimento da petição inicial somente ocorre no início do processo: só há indeferimento liminar antes da ouvida do réu.[28] Após a citação, o juiz não mais poderá indeferir a petição inicial, de resto já admitida, devendo, se vier a acolher alguma alegação do réu, extinguir o feito por outro motivo.[29] A inépcia, por exemplo, pode ser reconhecida a qualquer tempo, mesmo após a contestação, mas, nesse caso, não implicará indeferimento da petição, e, sim, extinção do processo sem análise do mérito (art. 485, IV, CPC).[30]

Essa é a característica que distingue o indeferimento da petição inicial das outras formas de extinção do processo. É o indeferimento uma hipótese especial de extinção do processo por falta de um "pressuposto processual". A petição inicial válida é um requisito processual de validade, que, se não preenchido, implica

27. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 641.
28. Não é por outra razão que Barbosa Moreira se refere ao indeferimento da inicial como sendo caso de despacho liminar negativo (embora, obviamente, estejamos diante de uma decisão). (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 23.)
29. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*, p. 647. Também neste sentido, FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. IV, t. II, p. 162-163.
30. Admitindo a possibilidade de reconhecimento da inépcia após a contestação: STF, RT 636/188; STJ, 3ª, T., Resp 39.927-0-ES, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 17.10.1994, p. 27.892.

extinção do processo sem exame do mérito. Se o defeito se revelar macroscopicamente, é caso de indeferimento; se o magistrado tiver ouvido o réu para acolher a alegação de invalidade, não é mais o caso de indeferimento, mas sim de extinção com base no art. 485, IV, CPC. A distinção é importante, pois o regramento do art. 331 do CPC somente se aplica à decisão que indefira a petição inicial, bem como, sendo liminar a sentença, não se condenará o autor ao pagamento de honorários advocatícios em favor do réu ainda não citado.

Não se admite, contudo, o indeferimento indiscriminado. A petição inicial somente deve ser indeferida se não houver possibilidade de correção do vício ou, se houver, tiver sido conferida oportunidade para que o autor a emende e este não tenha atendido satisfatoriamente à determinação[31].

O indeferimento da petição inicial é um dos casos de invalidade, má-formação, inépcia, defeito da petição inicial; por isso, essa decisão judicial não resolve o mérito da causa, limitando-se a reconhecer a impossibilidade de sua apreciação (art. 485, I, CPC).

> "A petição inicial, ato processual típico, pode, consequentemente, ser defeituosa. E se o defeito que apresenta é relevante, isto é, capaz de obstar o fim específico a que o ato se propõe ou de dificultar ou impedir o alcance dos fins de justiça a que o próprio processo, como fenômeno global, se lança, deve o defeito da petição inicial acarretar o seu indeferimento, vale dizer, a sanção de invalidade do ato, chamada de indeferimento, por seu caráter obstativo".[32]

O indeferimento da petição inicial pode ocorrer tanto em juízo singular (o mais corriqueiro) como em tribunal. Na segunda hipótese, o indeferimento tanto pode ser decisão do relator (o que normalmente acontece em causas de competência originária de tribunal) como pode ser um acórdão.

O indeferimento pode ser total ou parcial. Será parcial quando o juiz apenas rejeitar parte da demanda (p. ex.: havendo cumulação de pedidos, o juiz verifica a inépcia de um deles). Isso é muito frequente nas hipóteses em que o objeto litigioso do processo é decomponível (sobre o tema ver capítulo sobre a teoria da cognição).

> Hipótese também frequente de indeferimento parcial da petição inicial se dá quando, havendo cumulação de pedidos, o juízo é incompetente para conhecer e julgar um deles. Nesse caso, o juiz indeferirá a cumulação, mas julgará o pedido de sua competência (art. 45, §§1º e

31. Correia de Almeida Wambier e Talamini defendem muito bem a tese de que o indeferimento da petição inicial deve ser algo excepcional, somente existindo quando a tutela jurisdicional realmente ficar inviabilizada (*Curso Avançado de Processo Civil*, v. I, p. 300).

32. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 213. Em outro trabalho, porém, Calmon de Passos distingue nulidade e inadmissibilidade (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 158).

2º, CPC).[33] Nesse sentido, o enunciado 170 da súmula da jurisprudência predominante do STJ, comentado no estudo da cumulação de pedidos.

> Cabe indeferimento parcial, como bem aponta Barbosa Moreira, quando a cumulação de pedidos foi em si mesma inviável, quando aos dois ou mais pedidos corresponder outros tantos procedimentos diversos, mas o autor ou não os reduz ao procedimento comum ou essa redução é impossível.[34] Deve o juiz determinar ao autor que corrija a inicial: adotando o procedimento correto, se for possível, ou optando por um dos pedidos cumulados.

Não se pode dizer que toda decisão que indefere a petição inicial é uma sentença e, portanto, submetida ao recurso de apelação[35],

Se o indeferimento for parcial, não haverá extinção do processo, não se podendo falar, pois, de sentença; se ocorreu em juízo singular, será uma decisão interlocutória; se ocorreu em tribunal, será uma decisão unipessoal, se proferida por relator, ou um acórdão, se decisão colegiada.

O indeferimento total da petição inicial poderá ocorrer em tribunal (p. ex.: indeferimento da inicial de uma ação rescisória); assim, ou será uma decisão de relator ou um acórdão, jamais uma sentença.

Em resumo: o indeferimento pode ser uma decisão interlocutória, uma decisão de relator, um acórdão e, também, uma sentença, só se configurando como tal se se tratar de indeferimento total da petição inicial feito por juízo singular.

Com base nisso, pode-se estabelecer o sistema recursal da decisão que indefere a petição inicial:

a) se se tratar de um indeferimento parcial feito por juízo singular (decisão interlocutória), o recurso cabível é o agravo de instrumento (art. 354, par. ún., CPC);

b) se se tratar de indeferimento total feito por juízo singular, será apelação;[36]

c) contra indeferimento total ou parcial feito por decisão do relator, caberá agravo interno;

d) contra indeferimento total ou parcial feito por acórdão, caberão, conforme o caso, recurso ordinário constitucional, recurso especial ou recurso extraordinário.

O art. 331 do CPC afirma que, havendo apelação contra a sentença que indefere a petição inicial, poderá o juiz, no prazo de cinco dias, rever a sua decisão e

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 25.
34. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 25.
35. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção 'imprópria' do processo e recurso cabível". *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 238.
36. Em caso de execução fiscal, nas hipóteses do art. 34 da Lei n. 6.830/1980, contra a sentença que indefere a petição inicial caberão os embargos infringentes de alçada, típicos destes processos fiscais.

modificá-la, em juízo de retratação. Se não houver retratação, o juiz determinará a citação do réu para responder o recurso (art. 331, §1º, CPC)[37]. Se a apelação for provida, o prazo para contestação começará a correr da intimação do retorno dos autos (art. 331, §2º). Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença (art. 331, §3º).

Trata-se de regra especial, pois confere ao magistrado a possibilidade de mudar a sua decisão após ter encerrado o seu ofício jurisdicional com a prolação da sentença (excepciona-se, assim, o art. 494 do CPC).

> Perceba que essa possibilidade de retratação só é permitida à apelação e se houver apelação, não podendo ser aplicada *ex officio*.[38] O juiz somente pode alterar a sua decisão *ex officio* se constatar erro de cálculo ou erro material (art. 494, I, CPC).
>
> O agravo interno e o agravo de instrumento (cabíveis em certas hipóteses de indeferimento) permitem, também, o juízo de retratação.
>
> Do mesmo modo, é de observar-se que esse artigo somente incide quando houver verdadeiro indeferimento da petição inicial, que, conforme visto, deve ser liminar; nos demais casos, afirmam Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, "é vedado ao juiz proferir juízo de retratação, somente podendo alterar a sentença para corrigir erros materiais ou por meio de embargos de declaração".[39]

O juiz não tem competência para proceder ao juízo de admissibilidade da apelação – função exclusiva do tribunal. Mas o juiz não pode retratar-se, caso a apelação seja intempestiva – estaria, neste caso, revendo uma decisão transitada em julgado[40].

Diante de apelação intempestiva, o juiz deve limitar-se a não retratar-se (a intempestividade da apelação pode ser o único fundamento da decisão de não retratação) e remeter a apelação ao tribunal, a quem compete decidir pelo não conhecimento do recurso, se for o caso. O juiz não tem competência para inadmitir a apelação, frise-se.

A despeito da retratação, poderá o réu alegar em sua defesa o motivo que levara o juiz à primeira decisão obstativa, não se podendo falar, aí, de preclusão.

---

37. O CPC atual acolheu a crítica de Calmon de Passos ao CPC-1973, que dispensava a citação nesse caso (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 239- 242).
38. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 233.
39. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 650.
40. Nesse sentido, enunciado n. 294 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Se considerar intempestiva a apelação contra sentença que indefere a petição inicial ou julga liminarmente improcedente o pedido, não pode o juízo *a quo* retratar-se".

5.2. Hipóteses de indeferimento

5.2.1. Inépcia

A inépcia (ou inaptidão) da petição inicial gira em torno de defeitos vinculados à causa de pedir e ao pedido; são defeitos que não apenas dificultam, mas impedem o julgamento do mérito da causa.[41]

Conforme visto, a petição inicial é o veículo da demanda, que se compõe do pedido, da causa de pedir (elementos objetivos) e dos sujeitos (elemento subjetivo). A inépcia diz respeito a vícios na identificação/formulação dos elementos objetivos da demanda.

Costuma-se alcunhar de inepta toda petição inicial que é indeferida, como se a inépcia fosse a única hipótese de indeferimento. Está errado. Há indeferimento que não ocorre em razão da inépcia, como nos casos do indeferimento em razão da falta de interesse de agir. A inépcia leva ao indeferimento da petição inicial, mas nem todo indeferimento a tem por fundamento.

O §1º do art. 330 do CPC traz algumas hipóteses de inépcia.

I) Ausência de pedido ou de causa de pedir.

Sem pedido ou causa de pedir, será impossível ao órgão jurisdicional saber os limites da demanda e, por consequência, os limites da sua atuação. A afirmação incompleta da causa de pedir equivale à ausência – por exemplo, não há a afirmação da causa de pedir remota ativa.

> *Pedido ou causa de pedir obscuro.* A formulação obscura (ininteligível) da causa de pedir ou do pedido também implica inépcia e se subsome à hipótese do inciso I do §1º do art. 330 do CPC.[42] A clareza na exposição é uma exigência da boa-fé, da cooperação e do contraditório (é muito difícil objetar o que não se compreende).

II) Pedido indeterminado.

O pedido tem de ser determinado (art. 324, CPC), salvo em algumas situações excepcionais (incisos I a III do art. 324). Se for indeterminado fora dessas hipóteses, o caso é de inépcia. Sobre a determinação do pedido, ver item mais à frente.

---

41. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 213.

42. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 214; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 160. Conferir, a propósito, o art. 193, 2, "a", do Código de Processo Civil de Portugal: 2. Diz-se inepta a petição: a) Quando falte ou seja ininteligível a indicação do pedido ou da causa de pedir.

III) Quando da narração dos fatos não decorrer logicamente o pedido.

A petição tem de ser *coerente*. Se o pedido não resulta logicamente da causa de pedir, há contradição, hipótese de inépcia. Um bom exemplo: o autor pede a invalidação do negócio em razão do inadimplemento; inadimplemento não é causa de invalidade, mas de resolução.

IV) A cumulação de pedidos incompatíveis entre si.

Também é hipótese de inépcia – trata-se de uma "petição suicida", pois um pedido aniquila o outro. A compatibilidade dos pedidos é requisito para que se os possa cumular (v. item abaixo sobre os requisitos da cumulação de pedidos).

Deparando-se com uma petição inicial nessa situação, deve o órgão julgador determinar que o autor a corrija, escolhendo um dos pedidos ou trocando um deles por outro, desta feita compatível. Não pode juiz indeferir a petição inicial sem dar ensejo à correção pelo autor.[43]

O §2º do art. 330 CPC traz outro caso de inépcia: "§ 2º Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito".

Assim, proposta demanda que tenha por objeto a discussão de dívida oriunda de empréstimo, financiamento ou alienação de bens, cabe ao autor identificar, precisamente, qual o valor que pretende controverter e qual é a parcela incontroversa. Ou seja: não basta o pedido de revisão de dívida, é preciso especificar o que se discute. Não discriminado este valor, cabe ao juiz determinar a intimação do autor para que emende a petição inicial; não retificado o defeito, a petição há de ser indeferida, por inépcia.

O §3º do art. 330 traz regra de direito material: cabe ao autor-devedor continuar pagando o valor incontroverso – o qual, aliás, nem é objeto do processo. Não há regra que discipline como isso será feito: depósito judicial, podendo o réu-credor levantar o valor; boleto emitido pelo réu-credor, com o valor incontroverso; consignação em pagamento etc. De todo modo, isso não impede que a regra produza os efeitos materiais que lhe são próprios: inadimplida a parcela incontroversa, há mora.

A pergunta cuja resposta não se encontra no texto normativo é a seguinte: não adimplida a parcela *controversa*, há mora? Se não houver decisão judicial provisória em sentido contrário (tutela antecipada), há mora. A simples propositura da demanda para a discussão de um negócio jurídico não tem o efeito de suspender a eficácia desse negócio.

43. Corretamente, FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 4, t.2, p. 185.

De todo modo, não há qualquer razão para que a regra não se aplique a outros contratos: sempre que o devedor vier a juízo controverter parcela de um negócio jurídico, tem de, na inicial, discriminar o que é e o que não é objeto da discussão judicial [44], sob pena de inépcia.

> A Lei n. 10.931/2004 possui hipótese de inépcia semelhante: "Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia".
>
> Não basta que o demandante, nestes casos, formule o pedido de revisão da dívida, de forma genérica: terá o ônus de dizer, já na petição inicial, qual é o valor que reputa correto e que deseja pagar.

5.2.2. Ilegitimidade da parte

A ilegitimidade da parte leva ao indeferimento da petição inicial (art. 330, II, do CPC).

Sobre a legitimidade *ad causam*, ver o capítulo sobre os pressupostos processuais neste volume do *Curso* – lá se verá que, *para este Curso*, apenas a ilegitimidade extraordinária leva ao indeferimento da petição inicial; a ilegitimidade ordinária é caso de improcedência do pedido.

5.2.3. Falta de interesse processual

A falta de interesse processual leva ao indeferimento da petição inicial (art. 330, III, do CPC).

Sobre o interesse processual, ver o capítulo sobre os pressupostos processuais, neste volume do *Curso*.

5.2.4. Não atendimento ao disposto nos arts. 106 e 321

Afirma-se, por fim, que a petição inicial será indeferida quando não cumpridas as prescrições dos arts. 106, §1º, e 321, ambos do CPC (art. 330, V, CPC).

O art. 106, I, CPC, determina que se indique, na petição inicial, o endereço em que o advogado receberá as intimações, o número de inscrição do advogado na

44. Nesse sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. "Reflexões a partir do novo art. 285-B do CPC". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 223, p. 83. Assim, também, o enunciado n. 290 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A enumeração das espécies de contrato previstas no §2º do art. 330 é exemplificativa".

Ordem dos Advogados do Brasil e a sociedade de advogados da qual participa; se não for suprida a omissão no prazo de cinco dias, a petição será indeferida (art. 106, §1º, CPC).

O art. 321 é regra geral que autoriza o juiz a determinar a emenda da petição inicial, para a correção de vícios sanáveis, no prazo de quinze dias, também sob pena de indeferimento.

6. PEDIDO

6.1. Conceito e divisão

O pedido é o núcleo da petição inicial; a providência que se pede ao Poder Judiciário; a pretensão material deduzida em juízo (e que, portanto, vira a pretensão processual);[45] a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver realizada pela atividade jurisdicional. É, como dito, o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa de pedir.

> "O *petitum* é o que se pede, não o fundamento ou a razão de pedir, a *causa petendi*. É o objeto imediato e mediato da demanda. Aí está o motivo da discórdia, que o juiz vai desfazer, declarando quem está com a verdade".[46]

Como um dos elementos objetivos da demanda (junto com a causa de pedir), o pedido tem importância fundamental na atividade processual.

Em primeiro lugar, o pedido bitola a prestação jurisdicional, que não poderá ser *extra, ultra ou infra/citra petita*, conforme prescreve a regra da congruência (arts. 141 e 492 do CPC). Serve o pedido também como elemento de identificação da demanda, para fim de verificação da ocorrência de conexão, litispendência ou coisa julgada. O pedido é, finalmente, o principal parâmetro para a fixação do valor da causa (art. 292 do CPC).[47]

É possível distinguir, no pedido, um objeto *imediato* e um objeto *mediato*.[48] *Pedido imediato* é a providência jurisdicional que se pretende: a condenação, a expedição de ordem, a constituição de nova situação jurídica, a tomada de providências executivas, a declaração etc. O *pedido mediato* é o bem da vida, o resultado prático que o demandante espera conseguir com a tomada daquela providência. Essa distinção tem algum relevo.

---

45. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 153-154.
46. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 34.
47. MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O novo processo civil brasileiro*, p. 10-11.
48. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 10.

O pedido imediato será sempre determinado; já o mediato pode ser relativamente indeterminado (pedido genérico – art. 324 e incisos do CPC).

Em relação ao pedido mediato, aplica-se a regra da congruência, que, de resto, decorre da garantia constitucional do contraditório; o magistrado não pode alterar o bem da vida pretendido pelo demandante. Essa é a regra.

> A questão, entretanto, não é tão simples. À luz do art. 461 do CPC-1973, correspondente ao art. 536 do CPC atual, há quem defenda que "o juiz está autorizado, desde que respeitados os limites da obrigação originária, a impor o fazer ou o não fazer mais adequado à situação concreta que lhe é apresentada para julgamento".[49] Sobre o tema, conferir o v. 5 deste *Curso*[50].

6.2. Requisitos

O pedido há de ser *certo* (art. 322, CPC), *determinado* (art. 324, CPC), *claro* (art. 330, §1º, II, CPC) e *coerente* (art. 330, §1º, IV, CPC).

Pedido *certo* é pedido expresso.[51]

Como será examinado adiante, não se admite, como regra, o pedido implícito. "Não se admite, a teor da melhor técnica, pedido obscuro, dúbio e vago, substituído, parcial ou integralmente, através de expressões elípticas, por exemplo, condenar o réu 'no que couber' ou, ainda, 'no que reputar justo', e outras, infelizmente comuns".[52] Tanto o pedido *mediato* quanto o pedido *imediato* devem ser certos.

Pedido *determinado* é aquele delimitado em relação à qualidade e à quantidade. Pedido determinado se contrapõe ao pedido genérico, logo abaixo examinado.

O pedido tem também de ser *claro, inteligível*. Pedido que tenha sido formulado de maneira pouco clara implica inépcia da petição inicial, consoante já examinado.

O pedido há, enfim, de ser *coerente*, ou seja, deve ser consequência jurídica prevista para a causa de pedir aduzida.[53] Pedido que não decorre da causa de pedir implica inépcia da petição inicial, também como já examinado.[54]

---

49. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998, p. 120.
50. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998, p. 119-121; DINAMARCO, Cândido Rangel. "Os gêneros do processo e o objeto da causa". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1996, v. 2, p. 327; WATANABE, Kazuo. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.
51. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 35.
52. Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 234.
53. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 36.
54. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 236; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 149.

Na falta de um desses requisitos, deve o magistrado, antes de indeferir a petição inicial, determinar a sua correção (art. 321)[55].

Note que os requisitos do pedido (certeza, determinação, clareza e coerência) são os mesmos requisitos da sentença (cf. v. 2 deste *Curso*). Se o pedido é um projeto de sentença, nada mais razoável do que exigir dessa os mesmos requisitos exigidos daquele.

6.3. Cumulação de pedidos

6.3.1. Cumulação própria: simples ou sucessiva

Há cumulação *própria* de pedidos quando se formulam vários pedidos, pretendendo-se o acolhimento simultâneo de todos eles. Em um mesmo processo, vários pedidos são veiculados, tornando composto o objeto desse processo – o que, por tabela, implicará que a decisão judicial venha a ser proferida em capítulos.

O Código de Processo Civil expressamente autoriza o cúmulo de pedidos no art. 327.

Duas são as espécies de cumulação *própria* de pedidos: a) *simples*; b) *sucessiva*.

Ocorre a cumulação *simples* quando as pretensões não têm entre si relação de precedência lógica (pedido prejudicial ou preliminar), podendo ser analisadas uma independentemente da outra. Não há necessidade de exame prévio de um dos pedidos, que são autônomos: podem ser acolhidos, total ou parcialmente, ou rejeitados, sem que se perquira o resultado do julgamento do outro.

> Oportuna a transcrição dos enunciados 37 e 387 da súmula da jurisprudência do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato"; "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral".

Dá-se a cumulação *sucessiva* quando os exames dos pedidos guardam entre si um vínculo de precedência lógica: o acolhimento de um pedido pressupõe o acolhimento do anterior. Veja que aqui, diferentemente do que ocorre na cumulação subsidiária, o segundo pedido só será apreciado se o primeiro for acolhido.

Essa dependência lógica pode ocorrer de duas formas: a) o primeiro pedido é prejudicial ao segundo: o não acolhimento do primeiro pedido implicará a rejeição (e, portanto, julgamento) do segundo; b) o primeiro pedido é preliminar ao

55. Também assim, enunciado n. 292 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Antes de indeferir a petição inicial, o juiz deve aplicar o disposto no art. 321".

segundo: o não-acolhimento do primeiro implicará a impossibilidade de exame do segundo (que não será julgado, pois). O acolhimento do primeiro pedido, em qualquer caso, não implica necessariamente o acolhimento do segundo pedido.

Normalmente, diz-se que a cumulação sucessiva é uma cumulação por prejudicialidade,[56] o que é um erro, pois se misturam os conceitos de questão prejudicial e preliminar (ver capítulo sobre a teoria da cognição).

São exemplos de cumulação sucessiva por prejudicialidade: a) investigação de paternidade e alimentos; b) declaratória de inexistência de relação jurídica e repetição de indébito etc. É exemplo de cumulação sucessiva por pedido preliminar a formulada na ação rescisória: juízo de rescisão (*iudicium rescindens*) e o juízo de rejulgamento (*iudicium rescissorium*).[57]

6.3.2. Cumulação imprópria: subsidiária ou alternativa

Cogita-se também a chamada cumulação *imprópria* de pedidos.

Cuida-se de formulação de vários pedidos ao mesmo tempo, de modo que apenas um deles seja atendido: chama-se, por isso, de cumulação imprópria o fenômeno, exatamente porque tem o autor ciência de que apenas um dos pedidos formulados poderá ser satisfeito: o acolhimento de um implica a impossibilidade do acolhimento do outro.[58] A base normativa para este tipo de postulação é o art. 326 do CPC.

O adjetivo "imprópria" justifica-se porque, de fato, não se trata rigorosamente de uma cumulação de pedidos.

A doutrina divide a cumulação imprópria em eventual e alternativa, seguindo denominação de Chiovenda. A cumulação eventual está regulada no *caput* do art. 326 e a *alternativa*, no parágrafo único do mesmo artigo.

Cuidemos primeiro da cumulação *eventual* (de um lado, a formulação de mais de um pedido; de outro, o prestígio da eventualidade), também chamada de pedidos subsidiários, pedidos sucessivos ou *cumulação subsidiária*, essa última denominação mais correta (por isso, será a adotada a partir de agora).[59]

56. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 168.
57. "Apenas quando a rescindibilidade da sentença decorre da sua injustiça (*v. g.*, art. 485, nº IX) é que o *iudicium rescindens* funciona como prejudicial do *iudicium rescissorium*" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 205).
58. TJÄDER, Ricardo. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 34-37.
59. Segundo lição de TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos". *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 282.

Trata-se de aplicação da regra da eventualidade,[60] segundo a qual a formulação das pretensões e exceções deve ser feita no momento específico da postulação.[61] O demandante estabelece uma hierarquia/preferência entre os pedidos formulados: o segundo só será analisado se o primeiro for rejeitado ou não puder ser examinado (falta de um pressuposto de exame do mérito)[62]; o terceiro só será atendido se o segundo e o primeiro não puderem sê-lo etc. O magistrado está condicionado à ordem de apresentação dos pedidos, não podendo passar ao exame do posterior se não examinar e rejeitar o anterior. Nem mesmo se houver reconhecimento pelo réu da procedência do pedido subsidiário.[63]

A cumulação de pedidos incompatíveis entre si é caso de inépcia da petição inicial (art.330, §1º, V, CPC).

Caso seja possível e interessante formulá-los, a técnica correta é a dos pedidos subsidiários. É possível que o autor esteja em dúvida sobre o acolhimento do pedido principal e, por isso, formule o outro, para o caso de não vingar o primeiro, sendo este aspecto frágil da inicial um ponto que fatalmente não passará sem a crítica do réu.[64] *Percebe-se, pois, que não se aplica à cumulação imprópria o requisito da compatibilidade dos pedidos formulados, os quais jamais poderão ser acolhidos simultaneamente* (art. 327, §3º, CPC). Os demais requisitos gerais para a cumulação de pedidos (competência e identidade de procedimento) aplicam-se, no particular, sem qualquer especialidade.[65]

> Importante observação de José Rogério Cruz e Tucci: "Seja como for, a incompatibilidade não significa que possam ser cumulados, na espécie aqui examinada, pedidos absolutamente autônomos quanto à sua gênese fático-jurídica. Na verdade, deverá haver um elo de prejudicialidade entre os pedidos, uma vez que o provimento jurisdicional de procedência do primário fulmina (implicitamente) o interesse processual e, consequentemente, exaure a pretensão do autor em

60. Barbosa Moreira identifica a cumulação subsidiária como exemplo do direito positivo nacional em que se permite imprimir caráter condicional a atos das partes. Lembra o autor que não há norma genérica que regule a inserção de condição em ato processual, sendo o art. 326 exemplo que pode servir como fundamento para aqueles que entendam ser possível ato processual sob condição (MOREIRA, José Carlos Barbosa."Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição". *Direito Aplicado II*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 264-266). Sobre os atos processuais sob condição ou termo, DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 147-160.
61. Sobre a relação entre a preclusão e a cumulação subsidiária, amplamente, TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", cit., p. 283-284.
62. Assim, também, enunciado n. 287 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O pedido subsidiário somente pode ser apreciado se o juiz não puder examinar ou expressamente rejeitar o principal".
63. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cit., p. 287. Também assim, STJ, 3ª T., REsp n. 8.892-SP, rel. Min. Dias Trindade, j. em. 30.04.1991..
64. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 255.
65. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", cit., p. 286.

> relação ao pedido subsidiário. Desse modo, não se viabiliza o cúmulo subsidiário na hipótese de o autor reclamar o pagamento do preço decorrente da alienação de um automóvel e, subsidiariamente, na circunstância de ser rechaçado esse primeiro pedido, reivindicar ele a propriedade de um determinado imóvel".[66]

É instituto útil nas hipóteses de concurso de pretensões (ver item relacionado ao concurso de ações no capítulo sobre a teoria da ação). Trata-se de figura simétrica e oposta à da cumulação sucessiva.[67] O valor da causa será o do pedido principal (art. 292, VIII, CPC).

Acolhido o pedido principal, está o magistrado dispensado de examinar o pedido subsidiário, que não ficará acobertado pela coisa julgada, exatamente por não ter sido examinado.[68] Caso o magistrado examine o pedido sucessivo *per saltum*, sem ter examinado o pedido principal, haverá *error in procedendo*, impugnável pelo autor, em razão da preferência expressada na formulação dos pedidos. Não acolhido ou não examinado (caso falte um pressuposto de admissibilidade de exame do mérito) o pedido principal, deve o magistrado examinar o pedido subsidiário, sob pena de sua sentença ser *citra petita*.[69]

> E se o pedido principal for acolhido apenas parcialmente? Ricardo Tjäder[70] e Cruz e Tucci[71] defendem que o magistrado poderá passar ao exame do pedido subsidiário se for o caso de acolhê-lo integralmente, pois se presume que o interesse do autor estaria mais bem atendido com a total procedência do pedido subsidiário do que com a parcial procedência do pedido principal.

Poderá o autor, ainda, recorrer da parte da decisão que rejeitar o pedido principal, mesmo que logre êxito no pedido subsidiário, pois, ao estabelecer a hierarquia, definiu o demandante o que pare ele é mais interessante.[72]

Aqui, cabem as seguintes observações:

---

66. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", cit., p. 285.
67. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 14.
68. STF, 2ª T., AI 194.653-0-SP-AgRg, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 7.11.1997, p. 57.243.
69. STJ, 3ª T., EDcl no REsp n. 26.423/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 09.02.1993, publicado no DJ de 22.03.1993, p. 4.539. Em sentido semelhante, muito embora sem fazer referência a sentença *citra petita* (usa-se o termo constrangimento ilegal), mas apontando a necessidade de respeito à ordem de preferência, não podendo analisar primariamente o pedido subsidiário: STJ, 3ª T., AgRg no Ag n. 1343283/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15.02.2011, publicado no DJe de 21.02.2011.
70. TJÄDER, Ricardo. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 37.
71. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", cit., p. 287-288.
72. "Neste caso, se a sentença acolher o pedido subsidiário, e não o principal, o autor pode apelar, porque não teve sua pretensão inteiramente acolhida". (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 378). Assim, também, Assim, também, enunciado n. 288 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Quando acolhido o pedido subsidiário, o autor tem interesse de recorrer em relação ao principal".

a) seu recurso envolverá apenas um capítulo da decisão;[73]

b) a análise do pedido subsidiário, que não foi impugnada por lhe ter sido favorável, não será devolvida ao órgão *ad quem*, salvo se houver recurso do réu, situação em que se repetirá, na segunda instância, o julgamento da causa, nos moldes em que apresentada na primeira;

c) caso seja provido o recurso do autor, restará prejudicada a sentença na parte em que acolheu o pedido subsidiário; não o sendo, prevalece o que fora decidido na sentença, em razão da proibição da *reformatio in peius*.[74]

Cruz e Tucci entende que, se a sentença reconhecer a procedência do pedido principal, o tribunal não poderá, no julgamento da apelação do réu, dando a ela provimento, adentrar o exame do pedido subsidiário, porquanto somente o capítulo da decisão relacionado com o pedido principal é que foi devolvido ao órgão *ad quem*.[75] Este entendimento, defendido no início dos anos 2000, possivelmente está superado pelo inciso III do §3º do art. 1.013 do CPC, que permite ao tribunal julgar pedido não examinado em primeira instância (sobre o tema, v. 3 deste *Curso*).

A sucumbência total do autor, quando formula pedido subsidiário, só existirá se todos os seus pedidos forem rejeitados. Acolhido apenas o pedido subsidiário, não há como negar, porém, que o autor sucumbe em parte – tanto que há interesse recursal. Assim, o valor da condenação em honorários advocatícios deverá ser fixado proporcionalmente, e não no teto de 20% previsto no art. 85 do CPC[76].

Agora, a cumulação *imprópria alternativa*.

Consiste na formulação, pelo autor, de mais de uma pretensão, para que uma ou outra seja acolhida, sem expressar, com isso, qualquer preferência. É cumulação imprópria, pois somente um dos pedidos formulados poderá ser atendido. Está prevista no parágrafo único do art. 326 do CPC.

Diferencia-se da cumulação eventual, porque nesta o autor demonstra preferência por um dos pedidos, o que não acontece na *cumulação alternativa*.

Não se deve confundi-la com o *pedido alternativo previsto no art. 325*, que é pedido único, fundado em obrigação alternativa (que se caracteriza por permitir o

73. Identificando o pedido subsidiário como capítulo autônomo da decisão, ver o excelente trabalho de DINAMARCO, Cândido. *Capítulos da sentença*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 65-66.

74. Em sentido contrário, entendendo faltar ao autor interesse recursal quando o pedido subsidiário é atendido, TJÄDER, Ricardo. *Cumulação eventual de pedidos*, p. 98.

75. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", cit., p. 291.

76. Neste sentido, STJ, Corte Especial, EREsp n. 616.918/MG, rel. Ministro Castro Meira, j. em 02.08.2010, publicado no DJe de 23.08.2010; STJ, 2ª T., REsp n. 1.158.754/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 24.08.2010, publicado no DJe 30.09.2010. Em sentido diverso, entendendo que o autor, neste caso, em nada sucumbe: TJÄDER, Ricardo. *Cumulação eventual*, p. 91; STJ, REsp n. 52.750-3, rel. Barros Monteiro)

adimplemento por mais de uma forma).[77] Na *cumulação alternativa*, há no mínimo dois pedidos autônomos, formulados para que se acolha apenas um deles.

Vislumbra-se situação específica de cúmulo alternativo na consignação em pagamento: na dúvida, pode o autor dirigir-se a duas pessoas, por não saber a qual das duas se acha juridicamente ligado (art. 547, CPC), requerendo o devedor o depósito e a citação dos que disputam o crédito. Ao julgar a controvérsia entre os dois réus, decidirá o juiz qual deles era o legitimado perante o autor[78].

O valor da causa será o do pedido que tiver o maior valor (art. 292, VII, CPC).

Acolhido um dos pedidos, não terá o autor interesse para interpor recurso com o objetivo de acolhimento do outro.[79] Diferentemente do que ocorre na *cumulação subsidiária*, pois não houve determinação da preferência entre os pedidos, considera-se que abriu mão o demandante de questionar a escolha do magistrado por esse ou aquele pleito. O acolhimento de um e a rejeição do outro também não implicam sucumbência parcial do autor.

Cumpre assinalar que, como o recurso é "simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo",[80] aplicam-se, por analogia, à demanda recursal, as técnicas de postulação inicial, como a cumulação de pedidos e os pedidos subsidiários. É muito comum o recorrente pedir, por exemplo, a anulação da decisão recorrida ou, se assim não entender o tribunal, a sua reforma.

6.3.3. Cumulação inicial e cumulação ulterior

A cumulação de pedidos pode ser *inicial*, quando veiculada na demanda inicial, ou *ulterior*, quando a parte agrega novo pedido ao processo após a postulação inicial. É cumulação *ulterior* o aditamento permitido da petição inicial (art. 329, I, do CPC). Outro exemplo de cumulação ulterior é o ajuizamento pelo autor de ação declaratória incidental que objetiva o reconhecimento da falsidade de documento (art. 430, CPC).

Alguns autores consideram que qualquer ampliação objetiva do processo é uma cumulação ulterior de pedidos. Assim, seria a reconvenção, demanda proposta pelo réu contra o autor, p. ex., hipótese de cumulação de pedidos superveniente. Também seria cumulação ulterior a reunião de causas conexas pela causa de pedir (arts. 55, §1º, CPC).

Fala-se, então, em *cumulação homogênea*, quando os pedidos forem formulados pela mesma parte, e cumulação *heterogênea ou contrastante*, quando os pedidos

77. Tratando o pedido alternativo como se fosse cumulação alternativa, Ricardo Tjäder, *Cumulação eventual*, p. 35; DUARTE, Ronnie Preuss. "Litisconsórcios alternativo e subsidiário no processo civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 147, p. 39.

78. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 393.

79. Também nesse sentido, Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 2, p. 171.

80. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. V, p. 236.

forem formulados por partes distintas, como é o caso da cumulação pela reconvenção ou denunciação da lide promovida pelo réu.[81] Nesta linha, cumpre advertir, *nem sempre se aplica à cumulação heterogênea o requisito da compatibilidade dos pedidos.*

6.3.4. Requisitos para a cumulação.

A cumulação de pedidos deve preencher alguns requisitos, sob pena de não ser admitida. Como já salientado, a cumulação indevida de pedidos não pode implicar indeferimento da petição inicial sem que se dê ao demandante oportunidade de corrigir o vício. Vejamos os requisitos que o legislador impôs para admitir a cumulação de pedidos, encontráveis no art. 328 do CPC.

6.3.4.1. Compatibilidade dos pedidos.

Também é requisito para a cumulação de pedidos que eles sejam compatíveis entre si (art. 327, §1º, I, CPC). Trata-se de pressuposto lógico da cumulação, que, se não preenchido, implica inépcia da petição inicial por força do art. 330, §1º, IV, CPC. Se for possível a formulação de pedidos incompatíveis, deve o demandante valer-se da técnica da cumulação imprópria (eventual ou alternativa), que, como visto, dispensa a compatibilidade dos pedidos, exatamente porque se espera o acolhimento de apenas um deles (327, §3º, CPC.

A incompatibilidade dos pedidos decorre do direito material, razão pela qual alguns autores usam a expressão "incompatibilidade substancial"[82].

> Exemplos de cumulação de pedidos incompatíveis: *i)* revisão e nulidade do contrato; *ii)* resolução e abatimento do preço (ação redibitória e *quanti minoris*); *iii)* complementação da área e resolução do contrato; *iv)* nulidade e resolução do contrato por inadimplemento.

6.3.4.2. Competência

Somente é possível a cumulação se o juízo tiver competência absoluta para conhecer de todos os pedidos formulados (art. 327, §1º, II, CPC). "Caso tenha competência para um e não tenha para o outro, não poderá haver cumulação".[83]

> É o que pode ocorrer quando se formulam pedidos, em cumulação simples, contra *litisconsortes facultativos*, sendo que um deles goza de juízo privativo, como a União e demais entes públicos.[84]

---

81. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 645.
82. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, item 263.
83. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 645.
84. Nesse sentido, interessante suscitar o Enunciado n. 21 do FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais de 21.10.2005. Enunciado n. 21: "As pessoas físicas, jurídicas, de direito privado ou de direito público estadual ou municipal, podem figurar no polo passivo, no caso de litisconsórcio necessário".

Não deve o magistrado indeferir totalmente a petição inicial, se ocorrer cumulação de pedido que fuja da sua competência; deve admitir o processamento do pedido que lhe é pertinente, rejeitando o prosseguimento daquele estranho à sua parcela de jurisdição. Esse é o sentido do correto enunciado 170 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça: "Compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites de sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, no juízo próprio".

Vão nessa linha os §§1º e 2º do art. 45 do CPC, que regulam a cumulação de pedidos perante o juízo federal, que é incompetente para um deles: "§ 1º Os autos não serão remetidos se houver pedido cuja apreciação seja de competência do juízo perante o qual foi proposta a ação. § 2º Na hipótese do § 1º, o juiz, ao não admitir a cumulação de pedidos em razão da incompetência para apreciar qualquer deles, não examinará o mérito daquele em que exista interesse da União, de suas entidades autárquicas ou de suas empresas públicas".

Se a cumulação envolver pedido para cujo processamento o juízo não tenha competência relativa, o desmembramento da petição inicial dependerá da alegação de incompetência pelo réu.[85] No entanto, se entre os pedidos houver conexão, é possível a cumulação, mesmo que o juízo seja relativamente incompetente para processar e julgar um deles, em razão do efeito modificativo da competência que decorre da conexão (arts. 55, §1º, do CPC). Não poderá o réu opor-se a tal cumulação.[86] É por isso que se admite a cumulação, no mesmo processo, de pedido de resolução do compromisso de compra e venda de imóvel (competência relativa) com o pleito reivindicatório do mesmo bem (competência absoluta).

6.3.4.3. Identidade do procedimento ou conversibilidade para o procedimento comum. Cláusula geral de adaptabilidade do procedimento comum.

Exige-se ainda, para a admissibilidade da cumulação, uma compatibilidade procedimental entre os pedidos formulados. Todos devem poder tramitar pelo mesmo procedimento (art. 327, §1º, III, CPC).

Se os pedidos corresponderem a procedimentos diversos, ainda assim a cumulação será possível, se puderem ser processados pelo procedimento comum. Neste caso, o legislador, corretamente, determina que se adapte o procedimento comum,

85. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 266; FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 202; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 105.

86. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, item 266; FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 203. Assim, também, Assim, também, enunciado n. 289 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Se houver conexão entre pedidos cumulados, a incompetência relativa não impedirá a cumulação, em razão da modificação legal da competência".

de modo a inserir técnica processual diferenciada que com ele não seja incompatível (art. 327, §2º, CPC). Por exemplo: a técnica da cognição limitada no procedimento possessório (irrelevância da alegação de domínio) pode ser inserida no procedimento comum, caso de cumulem pedidos possessório e de resolução de contrato. Se isso ocorrer, o procedimento seria o comum, mas a cognição, *em relação ao pedido possessório*, seria limitada.

Esse dispositivo, cujo alcance ainda precisa ser dimensionado, é muito rico.

Dele pode-se extrair a conclusão de que o procedimento comum é *adaptável, maleável, flexível; de que ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais.*

O procedimento comum passa a ser território propício para a imigração de ajustes procedimentais desenvolvidos para a tutela de determinados direitos. Essa cláusula geral pode ser a fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento. De todo modo, ao menos há uma certeza: o procedimento comum, no processo civil brasileiro, não é xenófobo e, por isso, não é rígido.

Duas são, contudo, as situações-problema:

a) cumulação de um pedido de procedimento especial com um pedido de procedimento comum;

b) cumulação de pedidos de procedimento especiais diferentes. Nesse caso, permite o legislador que a cumulação seja feita, desde que seguindo o procedimento comum. Esta é a regra.

Sucede que a solução não é tão simples.

Há procedimentos especiais que não podem ser convertidos ao procedimento comum. Esse é o ponto-chave para a verificação da admissibilidade de cumulação de pedidos nessas hipóteses: saber se o procedimento especial é ou não é redutível ao procedimento comum.

Por vezes, o legislador oferece ao autor mais de um procedimento apto a servir de meio para a tutela jurisdicional pleiteada. Há procedimentos que são criados como uma alternativa de tutela diferenciada ao autor, que se valerá deles conforme a sua conveniência. Nesse caso, determinada pretensão, que poderia ter sido proposta via procedimento especial, poderá ser formulada via procedimento comum. São eles os procedimentos especiais não-obrigatórios, opcionais, porquanto possam ser dispensados pelo autor. A eles se aplica irrestritamente a regra da conversibilidade do procedimento em comum, em caso de cumulação de pedidos, prevista no art. 327, §2º, CPC. São exemplos de procedimentos especiais opcionais: mandado de segurança, possessórias e ação monitória. Tem o autor, nestes casos, "a faculdade de optar pelas vias ordinárias (o processo comum regido pelo Código de Processo

Civil) e com isso renunciar aos benefícios do processo especial",[87] que não puderem ser inseridos no procedimento comum (art. 327, §2º, *fine*, CPC).

Outros procedimentos especiais, no entanto, são criados com objetivo precípuo de atender a determinado interesse público, normalmente envolvendo direitos indisponíveis. Esses procedimentos são obrigatórios, inderrogáveis pela vontade do demandante, que não pode deles abrir mão, optando pelo procedimento comum. A esses procedimentos não se aplica a regra da conversibilidade antes mencionada. Aquela pretensão material, tipicamente prevista para ser tutelada pela via de determinado procedimento especial, não pode ser veiculada por qualquer outro procedimento, nem mesmo em cumulação de pedidos. Assim, não pode o autor cumular um pedido, que seria processado por um procedimento especial obrigatório, com outro, qualquer que seja o procedimento a ele pertinente. São exemplos: inventário e partilha, interdição, procedimentos especiais de jurisdição voluntária, desapropriação, ações de controle concentrado da constitucionalidade das leis.

> É por isso que se não pode admitir a cumulação de pedidos em ação coletiva, envolvendo improbidade administrativa e outro direito difuso, em razão do procedimento especial do tipo obrigatório previsto para a tutela daquela primeira questão (Lei n. 8.429/1992).
>
> Há quem admita a cumulação de pedido de jurisdição contenciosa com pedido de jurisdição voluntária, salvo manifesta incompatibilidade.[88]

6.4. Ampliação da demanda

Salvo os casos em que se admite pedido implícito, incumbe ao autor formular na petição inicial todos os pedidos que puder contra o réu.

Poderá o autor, contudo, aditar a petição inicial antes da citação, desde que arque com as despesas do aditamento (art. 329, I, do CPC).

Após a citação do réu e até o saneamento do processo, o autor pode aditar a demanda, desde que o réu consinta – há, aqui, um *negócio processual típico*: ampliação negociada do objeto litigioso do processo. Obviamente, garante-se ao réu o direito de defender-se em relação ao novo pedido (art. 329, II, CPC).

Há, porém, algumas ponderações que precisam ser feitas.

a) Se o novo pedido for conexo ao pedido originário, não há razão para impedir o aditamento, mesmo após o saneamento do processo. Isso porque, em razão da

87. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. II, p. 461.
88. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 45.

conexão, se o pedido for apresentado em demanda autônoma, os processos haveriam de ser reunidos por conexão, nos termos do art. 55, §1º, CPC.

b) Autor e réu podem acrescentar, em eventual autocomposição, lide que não componha o objeto litigioso originário (art. 515, §2º, CPC). Isso é uma ampliação do objeto litigioso do processo, ainda que apenas para fazer o acordo.

c) O legislador traz, no particular, incompreensível *limitação* à negociação processual: se as partes são capazes e desejam, consensualmente, uma ampliação do objeto litigioso após o saneamento, por que não aceitar? Por que não aplicar o art. 190, que consagra a negociação processual atípica?

É realmente difícil entender essa vedação; parece um fóssil legislativo, remanescente de um sistema anterior, incompatível com o sistema atual, que permite a negociação processual. É, enfim, inegavelmente, uma regra que restringe a negociação processual, pois, ao regular um negócio processual *típico*, impõe os seus limites.

Dificilmente, porém, a invalidade decorrente dessa ampliação processual negociada será decretada, além de ser bastante questionável a legitimidade de qualquer das partes acordantes para questionar a validade dessa convenção, por supostamente violar a proibição do inciso II do art. 330. Seria possível cogitar, no caso, *tu quoque*, vedado pela incidência do princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC).

d) A possibilidade de a parte pedir a desconsideração da personalidade jurídica na instância recursal (art. 134, CPC) é, também, uma mitigação à estabilização objetiva do processo. Há ampliação do objeto litigioso, com a formulação de pedido de aplicação da *sanção da desconsideração da personalidade jurídica*.

e) Fato constitutivo superveniente – causa de pedir remota superveniente, portanto – pode ser conhecido, até mesmo de ofício, caso interfira no julgamento da causa (art. 493, CPC). Esse conhecimento pode dar-se em qualquer estágio do processo. Trata-se de regra que, claramente, enfraquece o rigor preclusivo do art. 329, CPC, pois permite acréscimo de nova causa de pedir, até mesmo de ofício, relembre-se.

Todas essas ponderações servem para demonstrar que o art. 329 do CPC parece completamente fora do contexto do sistema que o próprio CPC instituiu.

6.5. Redução da demanda

Barbosa Moreira sintetizou as hipóteses de redução da demanda: a) desistência parcial; b) renúncia parcial ao direito postulado; c) transação parcial na pendência do processo; d) convenção de arbitragem relativa a parte do objeto do litígio, na pendência do processo; e) interposição, pelo autor, de recurso parcial contra a sentença de mérito desfavorável.[89]

89. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 12-13.

Frise-se que, nesses casos, o processo continua em relação à parte restante do mérito e as decisões que homologuem tais atos, em juízo singular, serão interlocutórias e, não, sentenças.

Cada um desses casos será estudado em momento oportuno.

6.6. Alteração objetiva da demanda

O autor tem o direito processual de promover a alteração (substituição) dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) antes da citação do réu (art. 329, I, CPC).

Após a citação, o autor somente poderá fazê-lo com o consentimento do demandado, ainda que revel (art. 329, II, do CPC), que terá novo prazo de resposta, pois a demanda terá sido alterada. Trata-se de verdadeiro negócio jurídico processual. A negativa do réu deve ser expressa, pois o silêncio, após intimação da proposta de mudança, poderá ser interpretado como concordância tácita, operando-se a preclusão.[90] Há entendimento segundo o qual a mudança objetiva *ex officio* pelo magistrado deve ser impugnada, sob pena de operar-se a preclusão.[91]

Após o saneamento, é vedada qualquer alteração objetiva promovida pelo autor, mesmo com o consentimento do réu. Em razão disso, não se pode alterar objetivamente o processo em fase recursal, até mesmo para que não haja supressão de instância.

Observadas estas regras, é possível a alteração do objeto imediato ou mediato do pedido.[92] Eventuais correções de erros materiais da demanda podem ser feitas a qualquer tempo.[93]

Cabem, aqui, as mesmas críticas ao legislador feitas acima, por ocasião da análise do *aditamento* da petição inicial.

Não se nega importância à estabilidade do processo. Sucede que o rigor preclusivo do dispositivo não pode ser levado às últimas consequências: não há, em tese, qualquer prejuízo a uma alteração objetiva do processo com a concordância das

90. "Apresentada petição pelo autor, em que se altera a causa de pedir, e nenhuma objeção apresentando o réu, que, ao contrário, cuida de negar-lhe o fundamento, é de admitir-se que consentiu na alteração. Incidência da ressalva contida no art. 264 do CPC". (STJ, 3ª T., Resp 21.940-5-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 08.03.1993, p. 3.114, colhida por Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, nota. 10a ao art. 264, CPC). Oart. 264 do CPC-1973 corresponde ao art. 329 do CPC atual.

91. "Constitui nulidade relativa a alteração do pedido *ex officio* pelo juiz. Caso não haja impugnação oportuna, ocorre preclusão". (JTA 90/341; colhida e anotada por Nery Jr. e Nery, *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor*, p. 706).

92. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 13.

93. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 69; Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, v. 2, p. 352-353.

partes, até mesmo após o saneamento. Se existir, o prejuízo deverá ser verificado *in concreto* e não presumido pelo legislador.

A rigidez deste artigo coaduna-se com o espírito das legislações do século XIX, denotando formalismo desnecessário. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[94] lembra alguns dispositivos do direito estrangeiro, que podem servir como referência: a) legislação processual alemã, onde se permite a modificação da demanda, independentemente da anuência do adversário, se entendido estar presente o requisito da utilidade para a causa; b) legislação processual austríaca, que autoriza o magistrado a permitir a modificação da demanda se não conduz ao "agravamento" do desenvolvimento do processo; c) extenso regramento do Código de Processo Civil Português sobre o assunto (arts. 272-273)[95]. Percebe-se que a análise da utilidade e da viabilidade da alteração do objeto litigioso do processo deve ser transferida ao magistrado, que as verificará em cada caso concreto que lhe for submetido. O legislador partiu de premissa exatamente contrária a essa: é interessante, a princípio, a alteração consensual, salvo se não o for concretamente.

6.7. Espécies de pedido

6.7.1. Pedido genérico

O pedido tem de ser determinado, conforme visto. Pedido *indeterminado* é pedido inepto (art. 330, §1º, III, CPC)[96].

Permite a lei, em alguns casos, a formulação de pedido genérico (art. 324 do CPC).

Determinado quanto ao gênero, o pedido pode ser genérico em relação à quantidade. No tocante ao *an debeatur* será determinado; em relação ao *quantum debeatur*,

---

94. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*, p. 61-62.

95. Art. 272.º do CPC português: "Alteração do pedido e da causa de pedir por acordo Havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1.ª ou 2.ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito". Art. 273.º do CPC português: "Alteração do pedido e da causa de pedir na falta de acordo 1 - Na falta de acordo, a causa de pedir só pode ser alterada ou ampliada na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou ampliação seja consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor. 2 - O pedido pode também ser alterado ou ampliado na réplica; pode, além disso, o autor, em qualquer altura, reduzir o pedido e pode ampliá-lo até ao encerramento da discussão em 1.ª instância se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo. 3 - Se a modificação do pedido for feita na audiência de discussão e julgamento, ficará a constar da ata respetiva. 4 – O pedido de aplicação de sanção pecuniária compulsória, ao abrigo do n.º 1 do artigo 829.º-A do Código Civil, pode ser deduzido nos termos da segunda parte do n.º 2. 5 - Nas ações de indemnização fundadas em responsabilidade civil, pode o autor requerer, até ao encerramento da audiência de discussão e julgamento em 1.ª instância, a condenação do réu nos termos previstos no artigo 567.º do Código Civil, mesmo que inicialmente tenha pedido a condenação daquele em quantia certa. 6 - É permitida a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir, desde que tal não implique convolação para relação jurídica diversa da controvertida".

96. "É inepta a inicial se o autor se limita a pedir que o réu seja condenado 'nas penas previstas na lei'." (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, nota 2ª ao art. 286 do CPC-1973, que corresponde ao art. 324, p. 375).

será indeterminado. Trata-se de hipótese de pedido relativamente indeterminado, pois.[97] Não se pode, p. ex., pedir a condenação a qualquer prestação. A indeterminação ficará restrita à quantidade ou à qualidade das coisas ou importâncias pleiteadas.[98]

Três são as situações em que se admite o pedido genérico, todas previstas no art. 324, §1º, do CPC. Essas hipóteses são excepcionais, "devendo por isto mesmo ser interpretadas restritivamente".[99]

Admite-se pedido genérico nas *ações universais*, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados (art. 324, §1, I, do CPC). *Ações universais* são aquelas em que a pretensão recai sobre uma universalidade, seja ela de fato ou de direito. A petição de herança é exemplo de ação universal.

> Art. 90 do Código Civil: "Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária". Ex.: rebanho, coleção de livros de uma biblioteca etc.
>
> Art. 91 do Código Civil: "Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico". Ex.: patrimônio, espólio, massa falida etc.

Pode o autor formular pedido genérico nas ações indenizatórias (art. 324, §2º, II, CPC). O dispositivo fala em "consequências de ato ou fato", sem especificar se lícito ou ilícito.

A opção é correta, pois pedido indenizatório pode decorrer de fatos lícitos[100] ou ilícitos. Em qualquer hipótese, "o juiz poderá levar em consideração fatos novos ocorridos depois da propositura da ação, para que possa proferir a sentença",[101] que deve refletir o montante dos danos existente à época da sua prolação. Trata-se da hipótese mais frequente de pedido genérico.

> Não há razão para associar o dever de indenizar somente aos atos ilícitos. Trata-se de um vício muito frequente, que acaba por confundir o fato jurídico com o seu efeito. É possível que atos lícitos tenham por eficácia, também, o dever de indenizar. São inúmeros os exemplos: a) atos lícitos da administração, como a construção de um viaduto, podem gerar o dever de indenizar os administrados que se prejudicaram e que não poderiam arcar sozinhos com o ônus do benefício de todos;

97. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 172. A indeterminação do pedido não pode ser absoluta (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 35).
98. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 319.
99. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, v. I, p. 317.
100. Exemplos de atos lícitos de eficácia indenizante podem ser lidos em Marcos Bernardes de Mello (chamados pelo autor de atos-fatos indenizantes), *Teoria do Fato Jurídico*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 115.
101. NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em vigor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 642.

> b) a legítima defesa e o exercício regular do direito são atos lícitos (art. 188 do Código Civil), mas podem gerar o dever de indenizar (art. 929 do Código Civil); c) Danos causados pelas empresas ferroviárias a quem não seja passageiro ou remetente de carga: o tráfego de trem é ato lícito, mas se, p. ex., uma faísca que surja do contato das rodas com os trilhos vier a provocar um incêndio em plantações marginais, esse dano deverá ser ressarcido e não terá havido ato ilícito.

Muito embora não precise quantificá-lo, o autor deverá especificar o prejuízo sofrido. Afirma Humberto Theodoro Jr.: "Expressões vagas como 'perdas e danos' e 'lucros cessantes' não servem para a necessária individuação do objeto da causa. Necessariamente deverá ser descrita a lesão suportada pela vítima do ato ilícito, *v. g.*: prejuízos (danos emergentes) correspondentes à perda da colheita de certa lavoura, ou, ainda, os lucros cessantes representados pela perda do rendimento líquido do veículo durante sua inatividade..."[102]

Problema que merece cuidadosa análise é a do pedido genérico nas ações de reparação de dano moral: o autor deve ou não quantificar o valor da indenização na petição inicial? A resposta é positiva: o pedido nestas demandas deve ser certo e determinado, delimitando o autor quanto pretende receber como ressarcimento pelos prejuízos morais que sofreu. Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a "dor moral" que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta "dor" poderia aferir a sua existência, mensurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante, dizer quanto deve ser o montante. Ademais, se o autor pedir que o magistrado determine o valor da indenização, não poderá recorrer da decisão que, por absurdo, a fixou em um real (R$1,00), pois o pedido teria sido acolhido integralmente, não havendo como se cogitar interesse recursal.

O art. 292, V, CPC, parece ir por este caminho, ao impor como o valor da causa o valor do pedido nas ações indenizatórias, "inclusive as fundadas em dano moral".

Somente é possível a *iliquidez* do pedido, nestas hipóteses, se o ato causador do dano puder repercutir, ainda, no futuro, gerando outros danos (p. ex.: uma situação em que a lesão à moral é continuada, como a inscrição indevida em arquivos de consumo ou a contínua ofensa à imagem); aplicar-se-ia, então, o inciso II do §1º do art. 324, aqui comentado. Fora desta hipótese, incabível a formulação de pedido ilíquido.

> Joel Dias Figueira Jr. abordou com precisão o tema: "Muitas vezes, o pedido de condenação (objeto imediato) do réu (pedido certo) por danos morais, decorrentes da morte de um ente querido, não está na dependência de qualquer elemento probatório para a sua fixação

102. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 319.

(determinação), em que tristeza e o sofrimento pela perda irreparável da pessoa amada aparecem de forma ínsita na própria relação de direito material violada, em face do ilícito civil praticado. Nesses casos, arbitrar o valor perseguido com a demanda é um ônus processual do postulante, não podendo ser relegado, em princípio, para fase processual posterior ou remetido para estipulação, de acordo com o prudente critério do julgador".[103]

O STJ admitiu, contudo, embora sem grandes argumentos, a formulação de pedido genérico em demandas de ressarcimento de dano moral: STJ, 1ª T., REsp n. 693.172/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 23.08.2005, publicado no DJ de 12.09.2005, p. 233; STJ, 3ª T., AgRg nos EDcl no AREsp n. 158.865/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 26.06.2012, publicado no DJe de 29.06.2012.

Permite-se, ainda, pedido genérico quando a condenação depender de ato a ser praticado pelo réu (art. 324, §1º, III, do CPC), como na hipótese da ação de prestação de contas cumulada com o pagamento do saldo devedor.

6.7.2. Pedido alternativo

Pedido alternativo é aquele que reclama prestações disjuntivas. Trata-se de tipo de pedido classificado a partir de dada relação de direito substancial, que permite a satisfação do direito por prestações autônomas e excludentes. Seu estudo diz mais respeito ao direito material, cuidando a legislação processual, tão-somente, de regulamentar a postulação em juízo dessas obrigações.

O pedido será alternativo quando veicular pretensão oriunda de obrigação alternativa, facultativa ou com faculdade de substituição.[104] Ele está regulado no art. 325 do CPC.

Não se trata de cumulação de pedidos (nem da chamada cumulação alternativa, vista linhas atrás): somente um pedido é feito; a forma de satisfação desse pedido é que é disjuntiva[105].

---

103. FIGUEIRA Jr. Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, vol. 4, tomo 2, p. 92-93. No mesmo sentido, Nery Jr. e Nery: "2. Dano moral. Nas ações de indenização por dano moral ou à imagem (v.g., CF 5.º V e X), o pedido deve ser certo e determinado, fixado pelo autor. Não se deve deixar para o perito judicial a fixação do quantum, na indenização dos danos extrapatrimoniais". (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil em vigor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 642).

104. MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 190. Orlando Gomes aponta para a correção da terminologia: "A expressão obrigação facultativa é manifestamente imprópria, por indicar a possibilidade de não ser cumprida ao arbítrio do devedor, o que seria absurdo. A doutrina alemã prefere designá-la obrigação com faculdade alternativa, ou com faculdade de solução, ou ainda com faculdade de substituição". (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 92).

105. Neste sentido, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 189; ASSIS, Araken de *Cumulação de ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 246. Tratando o

> Consideram-se as obrigações alternativas como compostas, pois há previsão de mais de uma prestação como forma de extinção da obrigação (arts. 252-256 do Código Civil): *plures sunt in obligatione, una autem in solutione*.[106] Opõem-se às obrigações cumulativas, em que se exigem do devedor várias prestações.[107] As chamadas obrigações facultativas são obrigações simples, que muito se assemelham às alternativas, mas apenas sob a ótica do devedor, que poderá eximir-se da obrigação efetivando qualquer das prestações possíveis; tem ele a faculdade de escolha da prestação a ser cumprida, embora somente uma delas seja a devida: existem uma prestação *in obligatione* e uma *in facultate solutione*. O Código Civil de 2002, assim como o de 1916, não cuidou expressamente delas.[108] A diferença entre as modalidades de obrigação reside no fato de que nas facultativas a segunda prestação é acessória, se a primeira perecer, perecerá a obrigação; nas alternativas, a obrigação só perece se ambas perecerem. Cumpre advertir que a prestação *in facultate solutione* não pode ser exigida pelo credor, que não tem sobre ela direito de crédito.[109] Nas obrigações alternativas, ao contrário, todas as prestações podem ser exigidas, cabendo a escolha ao credor ou devedor, conforme seja.

Se a escolha da prestação couber ao autor, não haverá pedido alternativo: será fixo, pois o autor ao formulá-lo fez a sua escolha. Poderá o autor reservar-se para escolher na fase de execução (mesmo em se tratando de obrigação de fazer, não fazer ou dar, cujo cumprimento da respectiva sentença dispensa processo autônomo de execução), formulando pedido alternativo[110].

Mesmo se o autor formular pedido fixo, nas hipóteses em que a escolha da prestação coubesse ao réu, deverá o juiz assegurar ao demandado o direito de escolha (parágrafo único do art. 325, CPC). "É que não seria lícito a uma parte, unilateralmente, arrogar-se o *ius eligendi* pertencente à outra".[111] Mas cabe ao réu a iniciativa de salvaguardar o seu direito de substituição, fazendo-a na contestação, não podendo o magistrado agir *de ofício*.[112]

> E se o réu for revel, tendo o autor formulado pedido fixo, quando a escolha caberia ao demandado? Calmon de Passos responde

tema como cumulação alternativa, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 2, p. 170-171; SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97.

106. Sobre o regramento das obrigações alternativas no Código Civil de 2002, ver com proveito GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 89-93.
107. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 245.
108. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 94.
109. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 93.
110. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12.
111. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12.
112. CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 192.

> o questionamento: "Não nos parece que a revelia descaracterize a natureza da obrigação. Ela conduz à admissibilidade dos fatos, não à constituição de fatos jurídicos novos, nem à descaracterização do fato jurídico título da demanda. Consequentemente, ao revel deve o juiz condenar, deferindo-lhe o direito de escolha, se o autor formulou pedido fixo quando deveria tê-lo posto como alternativo".[113]

Não se aplica às demandas de pedido alternativo o disposto no art. 292, VII, CPC, que cuida da hipótese de cumulação alternativa, em que há mais de um pedido. Aqui, conforme visto, cuida-se de *pedido único* e, pois, de "um só valor a considerar, porquanto entre as alternativas de solução inexiste diferença quantitativa, podendo-se falar apenas em diferença qualitativa".[114]

6.7.3. Pedido relativo a obrigação indivisível

Cuida o art. 328 do CPC[115] da hipótese em que um dos credores de obrigação indivisível pleiteia em juízo a sua satisfação.

Regula-se a demanda que envolve relação jurídica creditícia em que há pluralidade de credores em torno de um objeto indivisível, e somente um ou alguns deles vai a juízo pedir a efetivação desta obrigação. Esse artigo é o dispositivo processual que "regulamenta" as disposições do direito material relacionadas com a cobrança judicial de créditos de obrigação indivisível. A correta compreensão desse artigo impõe que se façam, pois, algumas considerações de direito material.

Entende-se por obrigação indivisível aquela cuja prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico (art. 258 do Código Civil). São obrigações, enfim, cuja prestação somente se pode cumprir por inteiro.

Quando há pluralidade de credores de obrigação indivisível, poderá cada um destes exigir a dívida inteira (art. 260, primeira parte, do Código Civil). A pluralidade de credores de obrigação indivisível implica tratamento igual ao da solidariedade ativa (arts. 264/265 c/c art. 260, todos do Código Civil).[116] O direito material, assim, legitima um dos credores a pleitear a dívida por inteiro.

> A classificação das obrigações em divisíveis e indivisíveis diz respeito ao seu objeto. Na verdade, o estudo da obrigação indivisível somente tem

113. CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, cit., p. 192.

114. CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, cit., p. 190.

115. Art. 328 do CPC: "Na obrigação indivisível com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito".

116. "Não há dificuldade em resolver as situações oriundas de obrigações com prestação indivisível, desde que se reconheça a necessidade de discipliná-las pelas normas relativas às obrigações solidárias". (Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 91).

> relevância prática nas hipóteses em que há pluralidade de credores ou devedores – o que acaba por tornar o seu exame muito próximo do estudo das obrigações solidárias, fazendo com que alguns autores as vejam como espécies de obrigações em razão dos sujeitos, e não do objeto.[117]
>
> Nada obstante semelhantes, distinguem-se pela causa: "A indivisibilidade resulta de obstáculo ao fracionamento da obrigação, ainda quando criado em razão do que se quer obter, enquanto a solidariedade é garantia que nada tem a ver com o conteúdo da prestação".[118] Os arts. 263 e 271 do Código Civil revelam um tratamento diferenciado das obrigações indivisíveis e solidárias, quando se resolverem em perdas e danos.

Se apenas um dos credores receber a prestação por inteiro, a cada um dos outros assistirá o direito de exigir dele em dinheiro a parte que lhe caiba no total (art. 261 do Código Civil).

A regra do Código Civil foi reproduzida no art. 328 do CPC, que lhe acrescenta, entretanto, o seguinte: aquele credor que não participou do processo, para levantar o seu quinhão, deverá arcar, proporcionalmente, com as despesas processuais da cobrança do crédito (inclusive honorários advocatícios). Essa é a peculiaridade trazida pelo CPC, que complementa o regramento material – e que dá ao presente artigo alguma utilidade, pois, do contrário, seria mera repetição do quanto disposto no Código Civil.[119]

> Já disse Araken de Assis que o art. 291 do CPC-1973, correspondente ao atual art. 328, se situa de maneira totalmente incorreta no capítulo destinado à petição inicial e na seção destinada ao pedido, pois nada de especial teria a ação condenatória de cobrança de prestação indivisível[120].

Assim, resume Calmon de Passos: "Mas o autor apenas estará autorizado a levantar a parte que lhe for devida, legitimados os que não participaram do processo, tanto a executar a sentença pela parte que lhe couber, como a levantar do produto a quota que lhes for devida, abatida sua participação proporcional nas despesas do processo".[121]

Finalmente, uma observação: conforme o art. 274 do Código Civil, pode ser que o outro credor não levante o seu quinhão, se o devedor, contra ele, tiver alguma exceção pessoal.

---

117. Sobre o tema, Orlando Gomes. *Obrigações*, p. 90; Robert Joseph Pothier. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002, p. 248.
118. Orlando Gomes. *Obrigações*, p. 91.
119. Neste sentido, Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 250.
120. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 249.
121. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 198.

6.8. Interpretação do pedido e pedido implícito

6.8.1. Interpretação da petição inicial. Regras gerais sobre a interpretação dos atos postulatórios

De acordo com o §2º do art. 322 do CPC, o pedido há de ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação e com o princípio da boa-fé.

Trata-se de regra indispensável à delimitação do objeto litigioso do processo[122].

A compreensão desse dispositivo pressupõe uma série de considerações.

a) A postulação inicial é uma declaração de vontade[123]; como tal, precisa ser interpretada.

Desta declaração surgirão diversas consequências jurídicas processuais: *i)* escolha do juízo a quem a petição é dirigida – dado necessário para o exame da competência; *ii)* escolha do procedimento a ser adotado; *iii)* fixação do objeto litigioso – e, portanto, a delimitação do exercício da função jurisdicional; *iv)* definição de quem está sendo demandado etc.

Não é, portanto, tema lateral, de somenos importância. A doutrina, porém, com as exceções de praxe, não lhe dá a atenção devida.[124]

b) O *caput* do art. 322 impõe que o pedido tem de ser *certo*; ou seja, o pedido tem de constar da petição inicial, não se aceitando, a princípio, pedido implícito – há exceções, que serão examinadas no próximo item. Não se pode considerar como pedido aquele que, embora pudesse ter sido formulado, não o foi[125].

c) O art. 341, III, CPC, traz regra de interpretação da contestação. O réu tem o ônus de impugnar especificadamente os fatos afirmados pelo autor. Se não o fizer, presume-se ocorrido o fato não impugnado. Sucede que o inciso III do art. 341 dispõe que essa presunção não ocorrerá, se os fatos não impugnados "estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto". Ou seja, a regra impõe a interpretação sistemática da contestação – para além da interpretação literal, portanto.

---

122. Sobre a interpretação do pedido e a definição do objeto litigioso, SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 375.

123. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 3.

124. Boa contribuição nacional sobre o tema em OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125 e segs.; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Correlação no processo civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

125. "Interpretar restritivamente o pedido é tirar dele tudo quanto nele se contém e só o que nele se contém, sem que se possa ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou por consideração outra qualquer de caráter hermenêutico. Compreendido no pedido só o que expressamente contiver, não o que possa, virtualmente, ser o seu conteúdo". (PASSOS, José Joaquim Calmon de *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, cit., p. 209).

A interpretação sistemática é técnica que também se aplica à interpretação do pedido. O §2º do art. 322 consagra uma regra de interpretação: o pedido há de ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação – regra simétrica à prevista para a interpretação da contestação.

A causa de pedir, como fundamento do pedido, é, portanto, dado imprescindível para a correta interpretação da postulação[126].

> Registre-se: corretamente pensadas as coisas, pedido e causa de pedir são perspectivas do direito material afirmado em juízo. A causa de pedir compõe-se da afirmação deste direito e o pedido se refere ao efeito jurídico material que deste direito decorre. Assim, o objeto do processo não pode ser delimitado sem que se levem em contas essas duas perspectivas.[127]

Mesmo antes do CPC atual, o STJ já entendeu que o pedido há de ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação: o pedido deve ser inferido a partir de uma exegese lógico-sistêmica do completo teor da petição inicial, razão pela qual não pode ser considerado como *ultra petita* o julgado que o interpreta de forma ampla e concede à parte aquilo que foi efetivamente pretendido com o ajuizamento da ação (STJ, 3ª T., REsp n. 1.049.560-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 4.11.2010).[128]

d) Aplicam-se à interpretação do pedido as normas de interpretação dos atos jurídicos; ou seja, as normas que disciplinam a interpretação das declarações de vontade. A postulação é, também, uma declaração de vontade (art. 200 do CPC).

O art. 112 do Código Civil, por exemplo, enuncia que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Trata-se de dispositivo plenamente aplicável à interpretação do

126. Comentando o CPC-1973, que não possuía enunciado semelhante (ao contrário, possuía enunciado que determinava a interpretação restritiva do pedido), Pontes de Miranda já dizia: "... a regra jurídica não preexclui que se prefira a interpretação que mais de afeiçoe à causa de pedir ou à narração dos fatos". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 82.)

127. MANDRIOLI, Crisanto. "Riflessioni in tema di 'petitum' e di 'causa petendi'". *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1984, v. XXXIX, p. 474.

128. Nesse sentido, em determinado precedente, afirmou o STJ que, ainda que expressa de forma singela, a petição inicial que permite concluir pela pretensão de tutela antecipada não invalida a decisão que a concede. Consta do precedente que "A petição inicial, não obstante ter sido redigida de forma singela, narra que o autor busca a concessão de aposentadoria por invalidez rural porque é segurado da Previdência Social e se encontra inválido para o trabalho que lhe garanta o sustento" e que "Ao final, consta pedido para que o benefício seja implantado desde a citação, o que, alinhado às razões deduzidas, traduz pretensão de cunho antecipatório". (http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110983, notícia publicada em 29 de agosto de 2013).

pedido[129-130]. É preciso investigar a vontade do postulante, para que se possa proceder corretamente à interpretação do pedido. Registre-se: a vontade da parte não é irrelevante para a interpretação do pedido[131].

Embora a interpretação literal seja o ponto de partida – uma interpretação que contrarie frontalmente o texto ou que não se tenha um "mínimo de correspondência no texto respectivo"[132] dificilmente será considerada como legítima[133] –, ela não é a única técnica possível de interpretação. A interpretação teleológica também é importante – além da sistemática, já referida. E é disso que trata o art. 112 do Código Civil.

O art. 113 do Código Civil enuncia, ainda, que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". A aplicação do dispositivo à interpretação do pedido é clara, até mesmo como reforço à incidência do princípio da boa-fé processual.

Os signos (palavras, números e outros símbolos) utilizados pelo demandante devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e com os usos do lugar de sua celebração. Se, em determinada comunidade, uma expressão consagrou-se, pelo uso, em um sentido, não se pode, ao interpretá-la posteriormente, dar a ela um sentido incompatível com aquele que a ela sempre se atribuiu.

---

129. Assim, STJ, 3ª. T., REsp n. 613.732-RR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 10.11.2005: "PROCESSUAL CIVIL. INTERPRETAÇÃO DE ATO PROCESSUAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO INTERPRETADO COMO RENÚNCIA. SENTIDO LITERAL DA LINGUAGEM EMPREGADA INCORRETAMENTE PELA PARTE. INADEQUAÇÃO. BUSCA PELA REAL VONTADE CONTIDA NO ATO PROCESSUAL. RENÚNCIA. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. – A interpretação literal e gramatical dos atos processuais é a mais pobre e perigosa das interpretações, acabando por desviá-lo de sua finalidade, com desastrosas consequências. – É imprescindível ao aplicador ou intérprete do ato processual perquirir pela valoração volitiva inserta em seu conteúdo, pois o conteúdo deve preponderar sobre a forma. – A renúncia ao direito que se funda a ação é classificada tanto pela doutrina como pela jurisprudência como instituto de natureza material e, por isso, deve ser interpretada restritivamente".

130. "... o pedido é uma declaração de vontade que precisa ser descodificada, ela deve ser interpretada atendendo-se mais à intenção do autor do ato do que ao seu sentido literal (art. 112 do CC). Perquirição da vontade efetiva do autor do ato e interpretação restritiva dos pedidos não são, portanto, vetores incompatíveis". (PEREIRA, Luis Guilherme Gonçalves. *A possibilidade jurídica de julgamentos implícitos no processo civil*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 74).

131. Sobre o assunto, longamente, é imprescindível a leitura de SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 341-448. Nesse sentido, também, o enunciado n. 285 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A interpretação do pedido e dos atos postulatórios em geral deve levar em consideração a vontade da parte, aplicando-se o art. 112 do Código Civil".

132. PEREIRA, Luis Guilherme Gonçalves. *A possibilidade jurídica de julgamentos implícitos no processo civil*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 71. A propósito, como referência, o n. 1 do art. 238º do Código Civil português, que cuida dos negócios jurídicos formais: "1. Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso".

133. Ressalva-se a possibilidade de ambas as partes concordarem com isso e a causa permitir autocomposição. Neste caso, teríamos verdadeiro negócio jurídico processual. A propósito, SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, cit., p. 393-395.

O CPC reproduziu a regra de interpretação, quando, na parte final do §2º do art. 322, determinou que o pedido seja interpretado de acordo com a boa-fé.

e) A interpretação do pedido deve observar o direito de defesa. Não se pode dar à postulação um sentido que comprometa a defesa, que se baseia sempre naquilo que foi demandado. Não é lícito interpretar a postulação para extrair dela um pedido que o réu não contestou.

A manifestação do réu, porém, é um dado relevante para a definição do quanto foi postulado. Por vezes, embora a petição não seja tão clara – o que poderia levar à inépcia da petição inicial –, a contestação, que também deverá ser interpretada, serve para revelar o sentido em que a postulação do autor foi formulada[134] – sentido esse que foi efetivamente contestado pelo réu[135].

No ponto, muito oportuna a referência ao art. 186º, 3, do CPC português: "3. Se o réu contestar, apesar de arguir a ineptidão com fundamento na alínea a) do número anterior, não se julgará procedente a arguição quando, ouvido o autor, se verificar que o réu interpretou convenientemente a petição inicial".

> Registre-se: a postulação em juízo é uma declaração de vontade com no mínimo dois destinatários, a contraparte e o órgão jurisdicional[136].
>
> Por isso, se ambas as partes estão concordes em relação à intepretação da postulação, o problema da interpretação do pedido praticamente deixa de existir, ressalvadas as situações de processo simulado. Não se pode esquecer que a parte demandada é o destinatário da declaração de vontade (pedido) que tem, em tese, conhecimentos sobre a relação jurídica material controvertida. O órgão jurisdicional não dispõe dessas informações.
>
> Como afirma Paula Costa e Silva, "dificilmente se poderá justificar que, existindo uma convergência das partes quanto ao sentido com que devem ser compreendidos os comportamentos processuais, este entendimento possa ser postergado por um entendimento divergente do tribunal" [137].

Não por acaso, pedido obscuramente deduzido leva à inépcia da petição inicial, exatamente porque dificulta a fixação do objeto litigioso e a defesa do demandado.

---

134. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, cit., p. 376.
135. Assim como a manifestação do autor (réplica) sobre a contestação é um dado relevante para a correta interpretação da peça de defesa.
136. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, cit., p. 380.
137. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, cit., p. 377.

f) Do princípio da cooperação, como visto neste volume do Curso, decorre o *dever de esclarecimento*. Assim, caso tenha dúvidas sobre o sentido da postulação, deve o órgão jurisdicional intimar a parte para que o esclareça.

g) Tudo o quanto aqui se disse aplica-se, *mutatis mutandis*, à interpretação de *todos os atos postulatórios, como a contestação, a réplica e os recursos*[138]. Todos são declarações de vontade.

Eis a síntese: *i)* o julgador deve ater-se aos pedidos formulados pelo demandante, ressalvados os pedidos implícitos, adiante examinados; *ii)* a identificação dos pedidos expressamente formulados decorre da interpretação da demanda, considerada como declaração de vontade e que deve ser interpretada em seu conjunto; *iii)* a interpretação do pedido deve basear-se, ainda que minimamente, no texto da petição inicial; *iv)* a interpretação do pedido não pode prejudicar a defesa; a defesa, porém, pode servir como dado para a interpretação do pedido; *v)* a interpretação do pedido deve observar o princípio da boa-fé e os usos do lugar da postulação.

6.8.2. Pedido implícito

O pedido implícito é aquele que, embora não explicitado no instrumento da postulação, compõe o objeto litigioso do processo (mérito) em razão de determinação legal. Mesmo que a parte não peça, deve o magistrado examiná-lo e decidi-lo.

É temperamento da regra de que o pedido há de ser certo.

Quando há pedido implícito, ocorre uma cumulação objetiva de pedidos por força de lei (*ex vi legis*)[139]: é como se a lei acrescentasse à demanda um novo pedido. Embora se trate de pedido implícito, não se permite a condenação implícita[140]: o magistrado deve examinar expressamente o pedido implícito[141]. A análise desse pedido também se constitui capítulo autônomo da decisão[142].

> Assim, o *caput* do art. 491 do CPC: "Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:".

138. Nesse sentido, também, o enunciado n. 286 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Aplica-se o §2º do art. 322 à interpretação de todos os atos postulatórios, inclusive da contestação e do recurso".
139. Lúcida síntese de Cândido Dinamarco. *Capítulos de sentença*, cit., p. 66.
140. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, cit., p. 247; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, cit., p. 210.
141. Não obstante isso, súmula do STF, n. 254: "Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação".
142. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*, cit., p. 66.

São exemplos de pedido implícito: a) os juros legais (art. 322, §1º, CPC; arts. 405 e 406 do Código Civil);[143] b) ressarcimento das despesas processuais e dos honorários advocatícios (art. 322, §1º, CPC); c) correção monetária (art. 322, §1º, CPC; art. 404 do Código Civil); d) pedido relativo a obrigações com prestações periódicas, pois o autor está desobrigado a pedir as prestações vincendas: o magistrado deve incluir, na decisão, as prestações vincendas e não pagas (art. 323 do CPC). Importa frisar que os juros convencionais ou compensatórios não prescindem do pedido expresso do autor, não se constituindo pedido implícito[144].

> Cristiano Chaves de Farias também aponta o pedido de alimentos como implícito na demanda de investigação de paternidade, em razão do art. 7º da Lei n. 8.560/1992[145].
>
> Segue um rol de enunciados de súmulas dos tribunais superiores relativas aos juros.
>
> STJ 12: Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.
>
> STJ 43. Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.
>
> STJ 54. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.
>
> STJ 69. Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel.
>
> STJ 70. Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença.
>
> STJ 93. A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite pacto de capitalização de juros.
>
> STJ 102. A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.
>
> STJ 113. Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

143. Art. 405 do Código Civil: "Contam-se os juros de mora desde a citação inicial". Art. 406 do Código Civil: "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".

144. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, cit., p. 248, com amplas referências bibliográficas.

145. FARIAS, Cristiano Chaves de. "Investigação de paternidade". *Procedimentos especiais Cíveis – legislação extravagante*. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 901.

STJ 114. Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

STJ 176. É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP.

STJ 186. Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime.

STJ 188. Os juros moratórios, na repetição do indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

STJ 204. Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida.

STJ 362. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

STJ 408. Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal.

STJ 426. Os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação.

STF 121. É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

STF 254. Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação.

STF 562. Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária.

STF 596. As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.

CAPÍTULO 16

Improcedência liminar do pedido

Sumário • 1. Conceito e regime jurídico – 2. Hipóteses expressas de improcedência liminar do pedido: 2.1. Pedido contrário a precedente obrigatório; 2.2. Reconhecimento de prescrição ou decadência – 3. Hipótese atípica de improcedência liminar do pedido.

1. CONCEITO E REGIME JURÍDICO

a) A improcedência liminar do pedido é a decisão jurisdicional que, antes da citação do demandado, julga improcedente o pedido formulado pelo demandante. É decisão de mérito, definitiva, apta à coisa julgada e possível objeto de ação rescisória. A regulamentação da improcedência liminar do pedido é feita pelo art. 332 do CPC.

Fala-se em *demandante* e *demandado*, pois o dispositivo, embora previsto na parte do Código dedicada à petição inicial, também se aplica à reconvenção – demanda do réu proposta contra o autor, no mesmo processo.

b) É técnica de aceleração do processo. Em situações de manifesta improcedência do pedido, o legislador dispensa a citação do demandado, autorizando que se profira um julgamento a ele favorável.

Não há, por isso, qualquer violação à garantia do contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento de *improcedência*. O demandado não precisa ser ouvido para sair vitorioso. Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favoreça.

c) O legislador impõe dois pressupostos para que se possa julgar liminarmente o pedido: *i)* a causa deve dispensar a fase instrutória; e *ii)* o pedido deve encaixar-se em uma das hipóteses previstas nos incisos I a IV do art. 332 ou no §1º do mesmo artigo.

Causa que dispensa a fase instrutória é aquela cuja matéria fática pode ser comprovada pela prova documental. A improcedência liminar do pedido é, assim, hipótese especial de julgamento antecipado do mérito (art. 355, I, CPC), que passa a ser autorizado, também, antes da citação do réu, se a conclusão é pela improcedência – sobre o julgamento antecipado do mérito, ver capítulo sobre o julgamento conforme o estado do processo, neste volume do *Curso*. Antecipa-se ainda mais o momento de julgamento da causa, dispensando não só a fase instrutória, mas também a própria

ouvida do réu. Cabe a improcedência liminar, enfim, nas mesmas situações em que se permite o julgamento antecipado do mérito com base no inciso I do art. 355.

As hipóteses que autorizam a improcedência liminar serão examinadas em itens próprios, mais à frente.

d) A improcedência liminar do pedido é técnica aplicável a qualquer processo, sejam aqueles que se iniciam perante o juiz de primeira instância, sejam aqueles de competência originária de tribunal.

No primeiro caso, a improcedência liminar do pedido, implicando extinção do processo, é uma sentença, impugnável por apelação que, excepcionalmente, permite o juízo de retratação, em cinco dias, pelo juiz prolator da decisão (art. 332, §3º, CPC). Se não houver retratação, o juiz determinará a citação do réu, para, em quinze dias, apresentar as contrarrazões à apelação (art. 332, §4º, CPC).

> As contrarrazões do réu terão conteúdo muito semelhante ao de uma contestação, uma vez que se trata de sua primeira manifestação no primeiro. Além disso, o réu *defenderá* a sentença, reforçando a argumentação do magistrado. Se o réu deduzir fato novo, será preciso intimar o autor para oferecer uma espécie de réplica.
>
> Como se trata de causa cujo julgamento dispensa a produção de outras provas (porque as questões de fato se provam documentalmente), não surpreende se o tribunal, caso pretenda *reformar* essa sentença, em vez de determinar a devolução do processo à primeira instância, também examine o mérito e julgue *procedente* a demanda, sob o argumento de que o réu já apresentou a defesa (em forma de contrarrazões) e a causa dispensa atividade probatória em audiência (está pronta para ser decidida, em uma aplicação analógica do art. 1.013, §§ 3º e 4º, CPC). É possível que os tribunais interpretem o dispositivo desta maneira; por isso o réu, em tal situação, deverá fazer as suas contrarrazões considerando essa circunstância. A prevalecer esse entendimento, no mandado de citação deverá constar a advertência prevista no art. 250, II, do CPC.

Essa possibilidade de juízo de retratação é o que garante o respeito ao direito do demandante ao contraditório, que, com as razões da apelação, poderá convencer o juiz do equívoco de sua decisão, inclusive com a possibilidade de demonstrar a distinção do seu caso (art. 489, §1º, VI, CPC). O juízo de retratação homenageia, também, o *princípio da cooperação* (art. 6º, CPC), pois permite que o magistrado "ouça" o que tem a dizer o autor sobre a questão. É importante essa observação, notadamente nos casos de improcedência liminar pelo reconhecimento da prescrição, pois o demandante poderá, por exemplo, demonstrar ao magistrado a ocorrência de algum fato que interrompeu ou suspendeu o curso do prazo prescricional. Se não houvesse a possibilidade de juízo de retratação, a improcedência *liminar* seria inconstitucional, por violar o princípio do contraditório, além de redundar em antinomia com o art. 10 do CPC.

> O juiz não tem competência para proceder ao juízo de admissibilidade da apelação – função exclusiva do tribunal. Mas o juiz não pode retratar-se, se a apelação for intempestiva – estaria, neste caso, revendo uma decisão transitada em julgado[1]. Diante de apelação intempestiva, o juiz deve limitar-se a não retratar-se (a intempestividade da apelação pode ser o único fundamento da decisão de não retratação) e remeter a apelação ao tribunal, a quem compete decidir pelo não conhecimento do recurso, se for o caso. O juiz não tem competência para inadmitir a apelação, frise-se.

Autoriza-se, no entanto, a improcedência liminar *parcial*. Nesse caso, em vez de toda a demanda, apenas um ou alguns dos pedidos cumulados são liminarmente julgados improcedentes. Como o processo não se extinguisse, já que haverá de prosseguir em relação aos demais pedidos ainda não julgados, trata-se de decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, II, CPC). Também será impugnável por agravo de instrumento a improcedência liminar da reconvenção (art. 1.015, II, c/c art. 354, par. ún., CPC), que também é hipótese de decisão parcial, pois apenas parcela do mérito (o pedido reconvencional) é resolvido.

Se a técnica for aplicada em causa de competência originária de tribunal[2], ou se estará diante de uma decisão do relator, impugnável por agravo interno (art. 1.021, CPC), ou de um acórdão, impugnável por um dos recursos cabíveis contra decisões colegiadas (recurso especial, recurso extraordinário, recurso ordinário constitucional ou embargos de divergência).

e) A improcedência liminar do pedido é uma das situações que permitem que o órgão jurisdicional decida a causa, sem observar a ordem cronológica de conclusão, conforme vimos no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil (art. 12, §1º, I, CPC).

f) Discute-se se é permitido ao demandado alegar, nessas contrarrazões, incompetência relativa. Isso não parece ser possível. Dois fundamentos.

1) O reconhecimento da incompetência relativa não implica invalidação de ato decisório: de nada adiantaria alegar a incompetência relativa, neste momento, tendo em vista que a instância já se encerrou, com a prolação de uma decisão que não poderá ser invalidada por esse motivo.

2) Não há interesse do réu, que não pode alegar incompetência relativa de juízo que já sentenciou a seu favor.

---

1. Nesse sentido, enunciado n. 294 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Se considerar intempestiva a apelação contra sentença que indefere a petição inicial ou julga liminarmente improcedente o pedido, não pode o juízo *a quo* retratar-se".
2. O Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa de 25.03.2004, acrescentou ao artigo 161 do seu Regimento Interno a possibilidade do relator de reclamação julgá-la, quando a matéria em questão for objeto de jurisprudência consolidada na Corte.

Seria possível cogitar um interesse eventual do demandado, no caso de acolhimento da apelação do demandante: o demandado opõe a exceção de incompetência relativa para o caso de a apelação do autor ser acolhida. Nem assim parece haver razão para permitir essa espécie de resposta do demandado.

A apelação do demandante pode fundar-se em *error in procedendo* do juiz, que, por exemplo, aplicou o art. 332 do CPC quando não poderia (em causa que depende de produção de provas em audiência, p. ex.). Nesse caso, se acolhida, a apelação implicará invalidação da sentença, com determinação para que o processo prossiga normalmente, hipótese em que ao demandado será garantida a possibilidade de oferecer resposta ampla, incluindo a alegação de incompetência relativa.

A apelação pode fundar-se em *error in iudicando*: a sentença é válida, mas a tese jurídica escolhida pelo juiz está equivocada. Nesse caso, o tribunal poderá *reformar* a decisão, oferecendo outra solução ao mérito da causa. A alegação de incompetência relativa não seria admissível, então, porque inócua: uma vez acolhida, não implicaria invalidação da sentença apelada e, como não há outras provas a produzir (pois, no caso, não houve *error in procedendo* na aplicação da técnica), o mérito poderá ser julgado pelo próprio tribunal. Não há qualquer prejuízo para o réu, pois eventual incompetência relativa do juízo de primeira instância deve realmente ser desconsiderada, se for possível proferir a sentença em favor do demandado, como foi o caso (aplicação dos arts. 282, § 2º, e 488, CPC).

g) Transitada em julgado a decisão que julgou liminarmente improcedente o pedido, deverá o escrivão ou chefe de secretaria comunicar ao réu o resultado desse julgamento, até para que ele possa ter conhecimento de uma decisão que, de resto, lhe favorece e que está acobertada pela coisa julgada (art. 332, §2º, CPC).

2. HIPÓTESES EXPRESSAS DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

2.1. Pedido contrário a precedente obrigatório

O Código de Processo Civil estruturou um sistema de respeito aos precedentes judiciais. Determinados precedentes devem ser observados pelos juízes e tribunais, como forma de garantir a segurança jurídica, a igualdade e a duração razoável do processo. Os arts. 926-928 são os pilares desse arcabouço legal.

Exatamente por isso, o art. 332 autoriza o julgamento liminar de improcedência, nos casos em que o pedido contrariar determinados precedentes judiciais – tenham ou não sido consagrados em súmula. Em todos esses casos, o órgão julgador deve observar o sistema de precedentes: isso significa dizer que o juiz poderá deixar de aplicar um desses precedentes se for o caso de superá-lo ou de distinguir a situação a ser julgada (se se tratar de caso com particularidades que o distinguem). O juiz pode fazer isso de ofício, ao receber a petição inicial e não

julgar liminarmente improcedente o pedido, ou pelo juízo de retratação, no caso de o autor apelar e demonstrar a necessidade de distinção ou superação. Sobre a superação do precedente (*overruling*) e o juízo de distinção (*distinguishing*), ver o capítulo respectivo no v. 2 deste *Curso*.

Admite-se a improcedência liminar do pedido que contrariar: *a)* enunciado súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 332, I); *b)* acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (art. 332, II; sobre o julgamento de recursos repetitivos pelo STJ e pelo STF, ver o v. 3 deste *Curso*); *c)* entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 332, III; sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, ver o v. 3 deste *Curso*); *d)* enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332, IV).

Embora as hipóteses sejam muito claras, convém fazer algumas anotações.

A interpretação desse dispositivo deve conjugar-se com a interpretação do art. 927 do CPC.

No art. 927, há a lista dos precedentes que devem ser observados pelos órgãos jurisdicionais. São eles: *a)* os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I); *b)* os enunciados de súmula vinculante (art. 927, II, CPC); *c)* os acórdãos em incidente de assunção de competência ou julgamento de casos repetitivos (art. 927, III); *d)* os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (art. 927, IV); *e)* a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados (art. 927, V).

Note que, no rol do art. 332, não há referência aos precedentes dos incisos I e V do art. 927.

O inciso I do art. 332 fala em súmula de tribunal superior. Sucede que o inciso IV do art. 927 determina a vinculação apenas dos enunciados da súmula do STF em matéria constitucional e da súmula do STJ em matéria infraconstitucional federal; essa restrição não aparece no art. 332. Para fim de harmonizar os dispositivos do Código, que deve ser interpretado como uma unidade, somente é permitida a improcedência liminar do pedido que contrariar súmula do STF em matéria constitucional e súmula do STJ em matéria infraconstitucional (legislação federal)[3]. Essa observação inclui, também, obviamente, a súmula vinculante (art. 927, II, CPC), que também é súmula do STF em matéria constitucional.

3. Nesse sentido, enunciado n. 146 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Na aplicação do inciso I do art. 332, o juiz observará o inciso IV do *caput* do art. 926".

Há, porém, perfeita correspondência entre os precedentes do inciso III do art. 927 e o art. 332, II e III, revelando a sintonia entre os dispositivos normativos.

Finalmente, o inciso IV do art. 332 autoriza a improcedência liminar do pedido que contraria enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre o direito local (estadual ou municipal). Esse entendimento jurisprudencial consagrado sequer é mencionado no art. 927. Há, então, uma situação curiosa: embora não conste do rol dos precedentes que devam ser observados, conforme lista do art. 927, o precedente sobre o direito local consagrado em súmula do tribunal de justiça assume importância invulgar na legislação processual, a ponto de permitir a improcedência liminar do pedido que o contrarie. Há clara desarmonia, no ponto, entre os arts. 332 e 927.

> Há uma explicação para isso. Até os estertores da tramitação do processo legislativo na Câmara dos Deputados, havia, no art. 927, um inciso dedicado aos enunciados de súmula de tribunal de justiça sobre o direito local (seria o enunciado VI do art. 927). Mas na data de votação do substitutivo na Câmara dos Deputados (26.11.2013), em razão de um acordo entre os parlamentares, o texto foi suprimido.

Cabe lembrar que somente será permitida a improcedência liminar do pedido, em todas essas hipóteses, se a causa dispensar a produção de provas em audiência – pressuposto geral da improcedência liminar, previsto no *caput* do art. 332.

2.2. Reconhecimento de prescrição ou decadência

Admite-se a improcedência liminar de mérito quando o magistrado reconhece *ex officio* a decadência ou a prescrição (art. 332, §1º, CPC).

Perceba que, no caso, a improcedência liminar somente poderá ocorrer quando tais questões puderem ser examinadas *ex officio*, pois o réu ainda não foi citado.

Em relação à decadência, o órgão jurisdicional somente pode conhecer de ofício a decadência legal; a decadência convencional depende de provocação da parte interessada (art. 210 do Código Civil).

O problema do reconhecimento *ex officio* da prescrição é mais complexo.

A Lei n. 11.280/2006 alterou a redação do § 5º do art. 219 do CPC-1973, que passou a ter a seguinte redação: "O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". A mesma lei, coerentemente, determinou a revogação do art. 194 do Código Civil, que permitia o reconhecimento *ex officio* da prescrição apenas quando favorecesse absolutamente incapaz. O CPC em vigor repete a regra no inciso II do art. 487, que autoriza a extinção do processo, com resolução do mérito, nos casos de reconhecimento *ex officio* da prescrição.

A mudança de 2006, ratificada pelo novo Código de Processo Civil, é a última etapa de um movimento legislativo de revisão do tratamento processual dado à prescrição.

Até 2003, vigia o art. 166 do Código Civil de 1916, que permitia o conhecimento *ex officio* da prescrição de direitos não patrimoniais – era de igual teor a regra contida na redação originária do § 5º do art. 219 do CPC-1973.[4]

Sucede que não havia prazo de prescrição de direitos não patrimoniais, que ou são potestativos (e, portanto, submetidos a prazo decadencial) ou são imprescritíveis (como os personalíssimos). "A prescrição é sempre de ordem patrimonial".[5] O Código Civil já não utiliza (corretamente, diga-se), para fins de regulamento da prescrição, a dicotomia direitos patrimoniais e direitos não patrimoniais, que deve ser esquecida[6].

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a prescrição que beneficiasse absolutamente incapaz poderia ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional.

Em dezembro de 2004, a Lei n. 11.051 alterou a Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980), para permitir que o magistrado conhecesse de oficio da prescrição do crédito fiscal, desde que ouvida previamente a Fazenda Pública (art. 40, § 4º)[7].

O regramento atual permite, ao mesmo aparentemente, que o juiz reconheça de ofício *qualquer* prescrição. Em relação ao Código Civil de 1916 e à tradição do direito brasileiro, é uma guinada de cento e oitenta graus.

O propósito da lei, ao que parece, é o de acelerar o julgamento das demandas. Levando em consideração que a prescrição é constatada com razoável facilidade, e que muito provavelmente o demandado a alegaria (até mesmo por força da regra da eventualidade), o legislador resolveu autorizar o magistrado a conhecer *ex officio* da questão, abreviando o tempo do processo.

Não se vislumbra qualquer justificativa teórica para a mudança, que parece atender a fins eminentemente práticos.

A reforma legislativa alterou o regramento tradicional de um instituto antiquíssimo (milenar, sem exagero[8]). No direito estrangeiro e de acordo com a tradição do direito brasileiro, a prescrição não poderia ser reconhecida *ex officio*.[9] Mudanças

---

4. O § 5º do art. 219 do CPC-1973, na verdade, já havia sido revogado implicitamente pelo art. 194 do Código Civil.
5. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 558. Assim, também, THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 42; ROSENVALD, Nelson. "Prescrição: da exceção à objeção". *Leituras complementares de Direito Civil*. Cristiano Chaves de Farias (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 180.
6. Sobre o tema, amplamente, ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189-191.
7. "§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato".
8. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54.
9. "É desnecessário dizer que o direito brasileiro jamais admitiu o reconhecimento de ofício da prescrição. Este é ponto que dispensa comprovação, por sua notoriedade. Não é só no Brasil, porém, que este sempre foi o tratamento dado à matéria. Outros ordenamentos jurídicos vedam, categoricamente, o reconhecimento *ex officio* da prescrição. Assim, por exemplo, o Código Civil italiano, cujo art. 2.938 estabelece, expressamente, que "*il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta*". Também o Código Civil francês trata do tema,

deste tipo, desacompanhadas de qualquer justificativa histórica, geralmente costumam dar trabalho aos operadores, pois todo o sistema jurídico, estruturado com base na *disponibilidade* da prescrição (e, pois, na impossibilidade de seu conhecimento *ex officio*), sofre o impacto desta alteração. Houve quem, por esse e por outros motivos, considerasse inconstitucional a alteração, notadamente por redundar em intervenção indevida do Estado na autonomia privada.[10] Os argumentos pela inconstitucionalidade são muito fortes. Os argumentos aqui apresentados somente devem ser utilizados se se conseguir superar esse defeito supremo da lei.

Há, ainda, outra observação preliminar que precisa ser feita.

A prescrição é instituto cuja definição e o respectivo regime jurídico são determinados pelo direito positivo, e não pela doutrina.[11] "O instituto da prescrição é de direito positivo".[12]

É por isso que a prescrição pode ter diversos perfis, tantos quantos interessem ao legislador. No âmbito penal, a prescrição extingue o *jus puniendi*, o direito de punir, ou o direito de executar a sentença penal condenatória, se se tratar de prescrição intercorrente; no âmbito tributário, a prescrição é causa de *extinção* do próprio crédito tributário (art. 156, V, Código Tributário Nacional[13]); no direito civil, a prescrição é causa de extinção[14] da *pretensão* (art. 189, Código Civil[15]), mas não do direito subjetivo, sendo essa a razão pela qual não é lícito ao devedor que

---

em seu art. 2.223: "*Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription*". O art. 142 do Código de Obrigações da Suíça tem redação análoga: "*Le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription*". O Código Civil argentino dispõe sobre o tema em seu art. 3.964 : "*El juez no puede suplir de oficio la prescripción*". Vale citar, ainda, o Código Civil português, cujo art. 303º estabelece que "o tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição; esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo ministério público". (CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua", Disponível em www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12.2006, 06h30).

10. CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua", disponível em www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12.2006, 06h30; THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 67; "Prescrição – liberdade e dignidade da pessoa humana". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 40, item 6; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. "Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como o art. 3º da Lei 11.280/06 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2006, n. 25, p. 290. Para Alexandre Câmara, a alteração é, ainda, inconstitucional, por ferir o princípio da isonomia, da adequação e da segurança jurídica.
11. "As consequências jurídicas oriundas do fato jurídico da prescrição variam conforme cada ramo do Direito, não sendo possível estabelecer de antemão um efeito ou uma classe de efeitos que lhe sejam aplicáveis de uma forma geral e inexorável". (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da Ação de Direito Material. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 146.)
12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, § 662, n. 2, p. 100.
13. Art. 156 do Código Tributário Nacional: "Extinguem o crédito tributário: (...) V – a prescrição e a decadência".
14. Rigorosamente, de acordo com a lição de Pontes de Miranda, a prescrição *encobre a eficácia da pretensão*, sem extingui-la (*Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, § 662, n. 9, p. 106). O legislador civil, porém, resolveu seguir outro entendimento, considerando-a como causa de *extinção* da pretensão.
15. Art. 189 do Código Civil: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".

pagou dívida prescrita pedir a sua devolução. Assim, é razoável admitir que o magistrado conheça *ex officio* da prescrição penal (art. 61,[16] Código de Processo Penal, c/c art. 107, IV,[17] Código Penal) e da prescrição tributária (§ 4º do art. 40 da Lei n. 6.830/1980), pois atingem o próprio direito material discutido.[18] Nesses casos, a decisão que acolhesse o pedido, ignorando a ocorrência da prescrição, seria injusta, pois reconheceria direito a quem não mais o tem. É também em razão disso que, no âmbito das relações jurídicas privadas, não se admitia, como regra, que o magistrado conhecesse *ex officio* da prescrição, que sempre se caracterizou como um contradireito (exceção substancial) disponível do devedor; nesses casos, a sentença que acolhesse o pedido, ignorando a prescrição, *não* seria injusta, porquanto reconhecesse um direito subjetivo ainda existente.

Exatamente por isso, os autores sempre identificaram, na exigência de o devedor alegar a prescrição, uma regra de profundo conteúdo moral: como o crédito continua existindo, o devedor inadimplente que alega prescrição continua com a "marca" de devedor impontual, que lhe pode prejudicar em outros negócios perante outros credores[19].

Também há razões normativas para limitar o reconhecimento da prescrição à provocação do interessado. O art. 940[20] do Código Civil confere o direito do demandado por quantia já paga a pedir o *dobro* do que foi indevidamente cobrado. Se a improcedência do pedido fundar-se em prescrição, não incide o dispositivo, pois não houve o reconhecimento de *inexistência* da dívida, que, como visto, permanece íntegra. O devedor pode ter o interesse, portanto, no reconhecimento da *inexistência* do crédito, exatamente para pleitear a *dobra* do art. 940 do Código Civil.[21]

---

16. Art. 61 do Código de Processo Penal: "Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício".
17. Art. 107 do Código Penal: "Extingue-se a punibilidade: (...) IV – pela prescrição, decadência ou perempção".
18. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 68, nota 45.
19. "A hipótese de um devedor, beneficiado pela prescrição, não a querer usar, nada tem de anormal: poderão prevalecer aspectos morais ou, até, patrimoniais e pragmáticos: o comerciante preferirá pagar o que deve do que fazer constar, na praça, que recorreu à prescrição, com prejuízo para o seu credor legítimo. Recorrer à prescrição é, em suma, uma opção que exige um claro acto de autodeterminação e isso no seio de uma posição privada". (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2005, t. 4, n. 79, p. 165.). Assim, também, MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 434; ARRUDA ALVIM, José Manoel. "Da prescrição intercorrente". *Prescrição no Código Civil – uma análise interdisciplinar*. 2ª ed. Mirna Cianci (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31, nota 3; ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Derecho civil (parte general)*. 2 ed. Tradução da 39 ed. alemã feita por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1950, v. 2, p. 503; GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. 2ª ed. portuguesa e 1 ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 3, t. 2, p. 774.
20. Art. 940 do Código Civil: "Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição".
21. Perceberam o ponto MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*, cit., p. 435; ROSENVALD, Nelson. "Prescrição: da exceção à objeção", cit., p. 190; FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – parte geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 518.

Eis o cerne do problema.

Para resolvê-lo é indispensável, ainda, tecer outras considerações preliminares.

Permanece em vigor o art. 191 do Código Civil,[22] que permite expressamente a renúncia da prescrição, expressa ou tácita. A não arguição da prescrição consumada é uma forma de renúncia.[23] Uma regra que permite a renúncia tácita e outra que permite o reconhecimento *ex officio* da prescrição estão em evidente conflito.[24]

Não é porque o juiz pode conhecer de ofício que a prescrição torna-se direito (contradireito, exceção substancial) indisponível. Também por tudo isso, ainda vige, plenamente, a regra que veda o pedido de repetição do que se pagou para solver dívida prescrita (art. 882 do Código Civil[25]). É lícito, portanto, o pagamento de dívida prescrita. "Permanece íntegro o desenho material da prescrição".[26]

> Note que o Código Civil permitia o conhecimento de ofício da prescrição que favorecesse absolutamente incapaz, exatamente pela indisponibilidade, que decorre da incapacidade de renunciar. "A relevância da tutela aos incapazes sobrepuja o princípio da disponibilidade das vantagens da prescrição. Mesmo porque o representante não tem disponibilidade sobre os direitos do representado".[27]

É lícito concluir, portanto, o "sistema do Código Civil está todo comprometido com a livre disponibilidade da prescrição consumada. (...) A estrutura jurídica do sistema é, inquestionavelmente, a de uma exceção de direito material, quer se mantenha ou não a disposição do art. 194 da lei substancial".[28] A possibilidade de conhecimento *ex officio* de qualquer prescrição somente seria aceitável se o sistema das obrigações no direito privado também fosse alterado, o que não aconteceu.

Além disso, é preciso indagar sobre a possibilidade de conhecimento de ofício da prescrição em desfavor do consumidor (art. 5º, XXXII, CF/88[29]), trabalhador (art.

---

22. Art. 191 do Código Civil: "A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição".
23. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 213.
24. "No que diz respeito à substância da reforma, porém, tudo se passa de modo ainda pior. Como se viu pela lição de Câmara Leal anteriormente invocada, não se pode dar ao juiz o poder de conhecer de ofício da prescrição porque este poder é incompatível com a possibilidade de renúncia, pelo devedor, da prescrição que lhe favorece. Ocorre que o legislador deu ao juiz o poder de conhecer de ofício da prescrição mas não retirou do devedor a faculdade de a ela renunciar. Isto torna o direito civil brasileiro, em matéria de prescrição, absolutamente incoerente e, por isso mesmo, assistemático". (CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua", Disponível em www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12.2006, 06h30.)
25. Art. 882 do Código Civil: "Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível".
26. MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*, cit., p. 431.
27. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 213.
28. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57.
29. Art. 5º, XXXII, CF/88: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

7º, CF/88), idoso (art. 230 da CF/88[30]) e índio (art. 231 da CF/88[31]). Trata-se de grupos humanos protegidos constitucionalmente pelo Estado, que lhes reconhece vulnerabilidade bastante para merecer tutela estatal. Não encontraria abrigo constitucional uma interpretação que permitisse que o próprio Estado (Estado-juiz), a quem compete a proteção de tais sujeitos, atuasse *ex officio* para prejudicá-los, reconhecendo uma prescrição que lhes seja desfavorável, sem alegação da parte adversária.[32] Em relação à criança e ao adolescente, também protegidos constitucionalmente, não há problema, pois a *prescrição* não corre em seu desfavor (art. 198, I, Código Civil).

Também não é possível o reconhecimento *ex officio* da prescrição que diz respeito a direitos disponíveis, exatamente porque, em tais casos, é admitida a renúncia (art. 191, Código Civil). Se se admitisse a atuação oficial em tais situações, haveria indevida e inconstitucional invasão na autonomia privada, conforme apontado por Alexandre Câmara e Humberto Theodoro Jr. Porquanto somente possa incidir em relação a direitos indisponíveis, não há necessidade de intimar o devedor para manifestar-se, já que ele não poderia renunciar a ela.[33]

> "Para renunciar à exceção de prescrição, é preciso que o titular dêsse direito tenha *poder de dispor*. Não porque tal renúncia equivalha, ou tenha o mesmo resultado que a criação de nova dívida, ou exponha o patrimônio...; e sim porque o próprio *ius exceptionis* é elemento da esfera jurídica, ou dêsse patrimônio, tratando-se de exceção a direito patrimonial".[34]

Essas são as premissas.

Cabem mais algumas palavras sobre a permissão de conhecimento *ex officio* da prescrição e a consequente possibilidade de improcedência liminar do pedido.

Uma advertência: a regra ora comentada é puramente processual.

A prescrição não perdeu a natureza de exceção substancial. Alterou-se o regramento processual da prescrição, que, embora exceção substancial, tem regime

30. Art. 230 da CF/1988: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".
31. Art. 231 da CF/1988: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".
32. Assim, Edilton Meireles, em palestra proferida no III Encontro Baiano de Professores de Direito Processual, evento realizado na Universidade Salvador, outubro de 2006.
33. Há quem exija a intimação do devedor para que seja lícito o reconhecimento *ex officio* da prescrição, exatamente em razão da possibilidade de renúncia (MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*, cit., p. 434-436; CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e z inócua", Disponível em www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12.2006, 06h30). Partindo da premissa de que não é possível o reconhecimento *ex officio* da prescrição envolvendo direitos disponíveis, não há necessidade da intimação do devedor.
34. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, § 695, n. 3, p. 269, grifos do original.

jurídico processual de objeção. Não vemos qualquer obstáculo teórico a isso. A possibilidade de conhecimento *ex officio* da prescrição é uma opção legislativa, e não uma exigência teórica,[35] tanto é assim que, em relação à prescrição tributária e à prescrição penal, parece não haver maiores controvérsias quanto à possibilidade de conhecimento *ex officio*. O problema, repita-se, concentra-se na possibilidade de conhecimento *ex officio* da prescrição civil, tendo em vista o seu regime jurídico.

Entendemos que a regra decorrente do § 1º do art. 332 e do inciso II do art. 487, CPC, deve ser aplicada apenas para o reconhecimento de prescrição envolvendo direitos indisponíveis,[36] em nenhuma hipótese em sentido desfavorável àqueles sujeitos protegidos constitucionalmente (consumidor, índio, idoso e trabalhador).

Para quem admite a possibilidade de o magistrado conhecer de ofício de prescrição relativa a direito *disponível*, é preciso fazer ainda uma advertência: o magistrado somente poderá fazê-lo até a ouvida do réu. Após a apresentação da resposta pelo réu, o magistrado deve esperar a sua provocação. Como se trata de um direito do réu, não há sentido em conferir-se ao magistrado o poder de exercitá-lo em nome do demandado, que, estando em juízo e podendo exercê-lo, não o exerceu. Seria um esdrúxulo caso de legitimação extraordinária conferida ao magistrado para tutelar direito subjetivo de uma das partes. Parece que essa é a única interpretação que compatibiliza as regras materiais (art. 191 e 882, Código Civil) e processuais da prescrição – partindo da premissa de que ela pode ser reconhecida *ex officio* em qualquer caso.

3. HIPÓTESE ATÍPICA DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

O art. 332 do CPC não prevê expressamente a possibilidade de rejeição liminar do pedido em situação atípica.

Surge, então, a seguinte dúvida: pode o juiz, antes de citar o réu, julgar liminarmente improcedente pedido, em situações atípicas, consideradas como de manifesta improcedência? Alguns exemplos: demanda para reconhecimento de usucapião de bem público, pedir autorização para matar alguém ou determinar que o Brasil declare guerra aos EUA; também serve de exemplo o pedido que contrarie expressamente texto normativo não reputado inconstitucional.

---

35. Já havíamos alertado para isso quando comentamos o art. 194 do Código Civil (DIDIER Jr., Fredie. *Regras processuais no Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24-25.). Aderiu expressamente ao nosso entendimento, THEODORO Jr., Humberto. "Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho". *Reflexos do Novo Código Civil na legislação processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 202-203.

36. Admitindo o reconhecimento *ex officio* apenas para os direitos indisponíveis, THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, cit., p. 66; ROSENVALD, Nelson. "Prescrição: da exceção à objeção", cit., p. 196.

O CPC atual não possui um dispositivo que permita, genericamente, que o juiz rejeite liminarmente demandas assim. Em casos tais, teria o juiz de determinar a citação do réu e, no julgamento antecipado do (art. 355, CPC), resolver o mérito da causa. Não há uma *válvula de escape*.

É possível, e recomendável, construir essa possibilidade a partir dos princípios da eficiência (art. 8º, CPC), da boa-fé (art. 5º, CPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988; art. 4º, CPC).

Primeiramente, não há razão para aumentar o custo do processo, com a citação desnecessária do réu, para responder a uma demanda absurda. Não apenas se praticarão desnecessários atos processuais, como o autor terá de pagar os honorários advocatícios em favor do advogado do réu, o que torna seu prejuízo ainda maior.

Em segundo lugar, trata-se de importante instrumento de combate às demandas abusivas, permitindo a extinção fulminante de processos que muitas vezes funcionam como mecanismos de extorsão processual.

Em terceiro lugar, essa hipótese já é expressamente permitida nos *embargos à execução*, que podem ser rejeitados liminarmente, quando "manifestamente protelatórios" (art. 918, III, CPC).

Finalmente, não há razão para aumentar *injustificadamente* o tempo do processo.

Assim, parece-nos possível que o juiz julgue liminarmente improcedente o pedido em situações atípicas, de manifesta improcedência (art. 487, I, CPC).

> O posicionamento deste *Curso*, assim, vai no sentido de dar novo significado à conhecida "condição da ação" *possibilidade jurídica do pedido*, prevista no CPC-1973 como hipótese de indeferimento da petição inicial sem exame do mérito, nada obstante as críticas doutrinárias a essa opção[37] – o exame da possibilidade jurídica do pedido é inequivocamente um exame de mérito, e não de admissibilidade.
>
> O CPC, então, ao não mais tratar da possibilidade jurídica do pedido como hipótese de extinção do processo sem exame do mérito, silenciando no ponto, adota correto entendimento doutrinário, reconfigurando a "possibilidade jurídica do pedido" e permitindo, a partir da conjugação de algumas normas fundamentais processuais, uma atípica hipótese de improcedência liminar do pedido.

37. As críticas são bastante conhecidas, há muito tempo: PASSOS, José Joaquim Calmon. "Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido". *Revista de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Saraiva, v. 4, p. 61-2, 1964; DIDIER Jr., Fredie. "Possibilidade Jurídica do Pedido: um novo enfoque do problema - pela proscrição". Gênesis. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 449-463, 1999; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 1, p. 226-227.

O CPC atual não possui um dispositivo que permita, genericamente, que o juiz rejeite liminarmente demandas assim. Em casos tais, teria o juiz de determinar a citação do réu e, no julgamento antecipado do (art. 355, CPC), resolver o mérito da causa. Não há uma válvula de escape.

É possível, e recomendável, construir essa possibilidade a partir dos princípios da eficiência (art. 8º, CPC), da boa-fé (art. 5º, CPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988; art. 4º, CPC).

Primeiramente, não há razão para aumentar o custo do processo, com a citação desnecessária do réu, para responder a uma demanda absurda. Não apenas se praticaria desnecessários atos processuais, como o autor terá de pagar os honorários advocatícios em favor do advogado do réu, o que torna seu prejuízo ainda maior.

Em segundo lugar, trata-se de importante instrumento de combate às demandas abusivas, permitindo a extinção tulminante de processos que muitas vezes funcionam como mecanismos de extorsão processual.

Em terceiro lugar, essa hipótese já é expressamente permitida nos embargos à execução, que podem ser rejeitados liminarmente, quando "manifestamente protelatórios" (art. 918, III, CPC).

Finalmente, não há razão para aumentar injustificadamente o tempo do pro-

Assim, parece-nos possível que o juiz julgue liminarmente improcedente o pedido em situações atípicas, de manifesta improcedência (art. 487, I, CPC).

> O posicionamento deste Curso, assim, vai no sentido de dar novo significado à conhecida "condição da ação" possibilidade jurídica do pedido, prevista no CPC-1973 como hipótese de indeferimento da petição inicial sem exame do mérito, nada obstante as críticas doutrinárias a essa opção[32] - o exame da possibilidade jurídica do pedido é inequivocamente um exame de mérito, e não de admissibilidade.
>
> O CPC, então, ao não mais tratar da possibilidade jurídica do pedido como hipótese de extinção do processo sem exame do mérito, silenciando no ponto, adota correto entendimento doutrinário, reconhecendo a "possibilidade jurídica do pedido" e permitindo, a partir da conjugação de algumas normas fundamentais processuais, uma atípica hipótese de improcedência liminar do pedido.

---

32. As críticas são bastante conhecidas, há muito tempo: PASSOS, José Joaquim Calmon. "Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido". Revista de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Saraiva, v. 4, p. 61-71, 1962; DINIZ JR, Fredie. "Possibilidade jurídica do Pedido: um novo enfoque do problema - pela procedência". Gênesis. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, v. 13, n. 13, p. 449-493, 1999; DINIZ JR, Fredie. Curso de direito processual civil. 16ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 1, p. 229-227.

CAPÍTULO 17

Citação

Sumário • 1. Generalidades – 2. A citação como "pressuposto processual" – 3. Comparecimento espontâneo do citando – 4. Pessoalidade da citação – 5. Local da citação – 6. Impedimento legal para a citação – 7. Efeitos da citação – 8. A citação e a interrupção da prescrição pelo despacho citatório – 9. Modalidades: 9.1. Citação pelo correio; 9.2. Citação por oficial de justiça; 9.3. Citação por mandado com hora certa; 9.4. Citação pelo escrivão ou chefe de secretaria; 9.5. Citação por edital; 9.6. Citação por meio eletrônico.

1. GENERALIDADES

A citação é o ato processual de comunicação pelo qual se convoca o réu (inclusive o executado) e interessado para integrar o processo (art. 238, CPC).

Este ato tem dupla função: a) *in ius vocatio,* convocar o sujeito a juízo; b) *edictio actionis,* cientificar-lhe do teor da demanda formulada.

2. A CITAÇÃO COMO "PRESSUPOSTO PROCESSUAL"

A citação não é pressuposto de existência do processo.[1]

A citação é uma condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 312, CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem (art. 239, CPC). A sentença, por exemplo, proferida em processo em que não houve citação, é ato defeituoso, cuja nulidade pode ser decretada a qualquer tempo,[2] mesmo após o prazo da ação rescisória (art. 525, §1º, I, e art. 535, I, CPC) – trata-se também de vício "transrescisório", na eloquente expressão de José Maria Tesheiner.[3] Não se pode confundir nulidade que se decreta a qualquer tempo, como é o caso, com inexistência jurídica.[4]

1. Em sentido contrário, apenas para exemplificar: ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* 8ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 549-550; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 4ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 39.
2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 107-108, especialmente a nota 107; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 81-86.
3. TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, cit., p. 283.
4. "... a sentença de que se ocupa este ensaio existe, mas é nula. É ato processual levado a cabo onde, quando, como e por quem devia ser praticado, dentro de uma estrutura processual constituída (ainda que irregularmente), portanto, existente, mas contaminado de vício que lhe é originalmente externo: o processo mesmo que a gerou é radicalmente nulo, pois a citação é requisito de sua validade (CPC, art. 214)". (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória" In: *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 254, com amplas referências bibliográficas).

Se já há processo antes da citação – que, a propósito, dá-se em seu bojo –, não se pode considerar como pressuposto de existência fato que está, na linha do tempo, em momento posterior à existência daquilo que se pretende condicionar. "A citação não é pressuposto processual, porque o momento em que deve ser realizada é posterior à formação deste".[5] Não é por acaso que o art. 238 do CPC conceitua a citação como ato que convoca alguém para integrar a relação jurídica processual que, obviamente, preexiste à convocação.

Se houver litisconsórcio necessário unitário passivo, a falta de citação de qualquer dos réus torna a sentença, que é ineficaz em relação a qualquer deles, passível de nulificação a qualquer tempo, por provocação, também, de qualquer deles. Se o caso é de litisconsórcio necessário simples, a sentença é válida e eficaz em relação àqueles que participaram do feito, mas nula e ineficaz em relação àquele que não foi citado, isso "porque a sentença, no caso, tem um conteúdo específico em relação a ele e somente em relação a ele".[6] Nesse último caso, somente o litisconsorte preterido teria legitimação para pretender o reconhecimento da ineficácia ou a decretação da nulidade da sentença.[7]

Ademais, sentença proferida sem a citação do réu, mas a favor dele, não é inválida nem ineficaz, tendo em vista a absoluta ausência de prejuízo. É o que ocorre com os casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar do pedido (art. 239, *fine*, CPC).

3. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO CITANDO

O citando pode comparecer espontaneamente ao processo e alegar somente a inexistência ou a invalidade da citação. A partir da data do comparecimento espontâneo, flui o prazo para a apresentação da contestação ou dos embargos à execução (art. 239, §1º, CPC).

Rejeitada a alegação de nulidade, o réu será considerado revel, caso se trate de processo de conhecimento; se se tratar de execução, o processo terá seguimento (art. 239, §2º, CPC). Esse dispositivo aplica-se ao caso em que o réu *apenas alega a inexistência ou nulidade da citação*.

Pode o réu, ainda, comparecer ao processo alegando a invalidade ou inexistência de citação e, *ao mesmo tempo*, oferecer a defesa:

a) com pedido de novo prazo, tendo em vista a decretação da nulidade da citação e a necessidade de dispor de um prazo útil para produzir a defesa: nesse

5. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 504.
6. JOBIM, Nelson. "A sentença e a preterição de litisconsorte necessário". *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1983, n. 28, p. 41.
7. JOBIM, Nelson. "A sentença e a preterição de litisconsorte necessário", cit., p. 42.

caso, reconhecida a inexistência ou nulidade de citação, aplica-se o §1º do art. 239 do CPC;

b) sem pedido de novo prazo de defesa: o juiz, mesmo reconhecendo o defeito da citação, considera suprida a falha pelo comparecimento do réu e a apresentação da defesa.

4. PESSOALIDADE DA CITAÇÃO

A citação será pessoal: deve ser feita na pessoa do citando. Essa é a regra. Poderá ser feita na pessoa do representante legal do citando, como no caso da citação de incapaz, ou de seu procurador, com poder especial para isso (art. 242, CPC, c/c com o art. 105, *caput*, CPC). Os presentantes também podem receber a citação; é o que acontece com órgão da pessoa jurídica, que a presenta – sobre a presentação, ver o capítulo sobre pressupostos processuais.

Há um caso de presunção legal de representação voluntária: "o locador, que se ausentar do Brasil sem cientificar o locatário de que deixou na localidade onde estiver situado o imóvel procurador com poderes para receber citação, será citado na pessoa do administrador do imóvel encarregado do recebimento dos aluguéis, que será considerado habilitado para representar o locador em juízo" (art. 242, §2º, CPC).

Na ausência do citando, "a citação será feita na pessoa de seu mandatário, administrador, preposto ou gerente, quando a ação se originar de atos por eles praticados" (art. 242, §1º, CPC).

Se pessoa jurídica for a citanda, "será válida a entrega do mandado a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração, ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondências" (art. 248, §2º, CPC).

> Entendeu o STJ que, se for o único endereço fornecido por pessoa jurídica, a caixa postal é válida para citação judicial pelo correio, em ação em que se discute relação de consumo (3ª T., REsp. n. 981.887-RS, rel Mina. Nancy Andrighi, j. em 23.03.2010). Ponderou a ministra relatora que "a ré não informa, em suas correspondências aos clientes, o seu endereço, disponibilizando apenas telefones das centrais de atendimento e a caixa postal para a qual foi remetido o AR, provavelmente para dificultar o recebimento de citações e tornar inválidas as realizadas em outros endereços". E arrematou: "se o endereço da caixa postal é suficiente para eventuais reclamações do consumidor para a comunicação de fatos importantes para ele, seria contraditório pensar que não o seja para resolver questões que tragam, em contrapartida, transtornos à fornecedora de bens em serviços". Concluiu que, com fundamento no princípio da boa-fé, a citação, no caso, era válida. A decisão é correta e evita, com isso, a prática de *venire contra factum proprium* pela empresa ré: se, em suas relações com

seu cliente, o endereço fornecido por ela é uma caixa postal, não lhe é permitido arguir que esse mesmo endereço não é adequado para a comunicação processual.

A citação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial (art. 242, §3º, CPC). O objetivo é impedir que a citação de entes públicos seja feita na pessoa de qualquer funcionário público: a citação será feita perante o advogado público, a quem a lei outorga esse poder especial de receber citação.

"Nos condomínios edilícios ou loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente" (art. 248, §4º, CPC).

Quando o citando estiver impossibilitado de receber a citação, o juiz, após observar o procedimento dos §§ 1º a 3º do art. 245, nomeará curador especial, para receber a citação e apresentar a defesa (art. 245, §§ 4º e 5º, CPC). A curatela especial é função institucional da Defensoria Pública, conforme visto no capítulo sobre os pressupostos processuais.

5. LOCAL DA CITAÇÃO

A citação poderá ser feita em qualquer lugar em que se encontre o citando (art. 243 do CPC). O militar, em serviço ativo, só será citado na unidade em que estiver servindo, se não for conhecida a sua residência ou nela não for encontrado (art. 243, parágrafo único, CPC).

6. IMPEDIMENTO LEGAL PARA A CITAÇÃO

Salvo se para evitar perecimento de direito, não se fará citação: a) a quem estiver participando de ato de culto religioso; b) ao cônjuge, companheiro ou a qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes; c) aos noivos, nos três primeiros dias seguintes ao casamento; d) aos doentes, enquanto grave o seu estado (art. 244, CPC). Superado o impedimento, a citação far-se-á normalmente. A restrição legal se refere apenas à pessoa do citando, de modo que, se ele dispuser de procurador com poder especial, poderá ser citado.[8]

8. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 191.

Não é impedimento à realização da citação a existência de greve no Poder Judiciário. Já decidiu o STJ que, nesses casos, "compete ao advogado constituído pela parte acompanhar o movimento grevista, cientificando-se do início da contagem dos prazos processuais.". (STJ, 3ª T., REsp n. 1.153.218/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 24.08.2010, publicado no DJe de 03.09.2010, publicado no informativo 444 do STJ).

7. EFEITOS DA CITAÇÃO

Antes de citado, o sujeito indicado como réu é tão-somente parte na *demanda*. Um dos efeitos da citação é justamente o de completar a relação jurídica processual. Vale dizer: não tem ela, a citação, o condão de proporcionar a *formação do processo*. O processo já existe desde o momento em que foi ajuizada a ação, aliás, como já visto.

A citação válida gera efeitos de ordem processual e material. A citação: *a)* estende os efeitos da litispendência para o réu; b) em razão disso, para o réu a coisa ou o direito discutido passa a ser litigioso; c) impede modificação da demanda, pelo autor, sem o consentimento do réu; d) constitui em mora o de devedor.

Um efeito processual da citação é a indução de litispendência para o réu. Litispendência é palavra que assume dois significados: a) pendência da causa, o percorrer criativo desta existência;[9] b) "Pressuposto processual" negativo, que obsta a repropositura de demanda ainda pendente de análise. O art. 240 do CPC cuida da litispendência no primeiro sentido. Cumpre advertir que a litispendência só é induzida com a citação em relação ao réu; para o autor, litispendência já existe a partir da propositura da demanda (art. 312 do CPC): "Por isto, para o demandante é com a propositura da ação que se estabelece a litispendência e, pois, para ele, é esse o marco inicial da litigiosidade".[10] Por isso, segundo lição de Antônio Dall'Agnol, "a litispendência não parece ser efeito da citação válida (salvo quanto à pessoa do réu), mas da propositura da ação",[11] já que, completamos, desde que proposta a ação, a demanda já foi deduzida e, pois, não pode ser reproduzida.

Ademais, citação tem por efeito tornar litigiosa a coisa ou o direito objeto da demanda.

Controverte-se, na doutrina, se a litigiosidade é efeito da citação ou da litispendência. "A litigiosidade não é efeito da citação, mas da litispendência. A citação é apenas o marco inicial, e o caráter litigioso da coisa é *post* e não *propter*

9. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97.
10. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2ª ed., cit., p. 102.
11. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 507. O autor ainda prossegue: "A ação já pende, linearmente, entre o autor e o juiz antes da citação. Com essa, desde que válida, angularizando-se a relação processual, o efeito – já existente – atinge a pessoa do réu (*rectius*, do citado)" (Ob. cit., p. 507-508).

citationem".[12] "É evidente, portanto, que a litigiosidade não decorre nem da propositura da demanda, nem da citação, mas exatamente do fluir da demanda, da litispendência, em suma, perdurando, em razão disso, para além daqueles marcos, que são apenas determinantes do seu início".[13] Consequentemente, para o autor a coisa torna-se litigiosa desde a propositura da demanda e, para o réu, com a citação.

Dessa forma, sobrevindo a citação válida, para o réu a coisa torna-se litigiosa, embora já o fosse para o autor. A litigiosidade da coisa repercute processualmente: a alienação da coisa ou do direito, já então litigioso, é fato jurídico que se subsome à hipótese do art. 109 do CPC, que lhe imputa uma série de consequências jurídicas processuais – sobre o tema, ver capítulo próprio, neste volume do *Curso*. É por isso que não cabe, por exemplo, à parte ré, que cedeu o direito objeto do processo, alegar, após a alienação, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Há algumas questões específicas em derredor do tema.

a) Trata-se de efeito material ou processual da citação? Para Theodoro Jr. e Nelson Nery Jr., trata-se de efeito de ordem processual. A resposta não é tão simples. Resolve a questão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "Discute-se, em doutrina, se a litigiosidade, como efeito da litispendência, produz efeitos materiais ou apenas processuais. Na verdade, a litigiosidade compartilha das duas ordens de efeitos; há efeito material porque age para fora do processo e a eficácia da sentença em relação ao adquirente é um dos exemplos mais evidentes (art. 42, § 3º); processual porque interfere no processo mesmo, daí, *v. g.*, a não alteração de legitimidade das partes (art. 42, *caput*), a possibilidade de substituição (art. 42, § 1º) ou de inserção do adquirente no processo (art. 42, § 2º)"[14].

b) E se feita a citação por juízo incompetente? O art. 240, CPC, resolve a questão, de modo expresso: a citação, ainda que ordenada por juízo incompetente, torna litigiosa a coisa para o réu.

c) E se houver litisconsórcio passivo? "A citação de cada um dos litisconsortes irá determinando o marco inicial, sem que, para isso, seja necessário o chamamento ao processo de todos". O art. 231, §1º, CPC, refere-se apenas ao prazo para a resposta".[15]

A citação produz, também, um *efeito preclusivo*: impede o autor de alterar o pedido ou a causa de pedir, ou aditar a demanda, independentemente do consentimento do réu (art. 329, I, CPC).

12. HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 156.
13. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97.
14. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*, cit., p. 98. O art. 42, citado pelo autor, é do CPC-1973 e corresponde ao atual art. 109, inclusive em relação aos parágrafos citados.
15. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*, cit., p. 104.

A citação válida também produz efeito no âmbito do direito material.

De acordo com o art. 240 do CPC e o art. 405 do Código Civil, a citação, mesmo que ordenada por juízo incompetente, *constitui em mora o devedor*, ressalvadas as hipóteses dos arts. 397 e 398 do Código Civil[16]. *A constituição em mora, pela citação, se dá no caso de cobrança de dívidas negociais sem termo certo para pagamento*, em relação às quais o devedor não tenha sido constituído em mora pela prática de outro ato anterior – interpelação, p. ex.

> Mora é o retardamento ou imperfeito cumprimento da obrigação.
>
> *Mora solvendi* ou do devedor: configura-se quando o inadimplemento da obrigação se dá por parte deste.
>
> Mora *ex re:* mora em razão de fato previsto em lei. Ocorre quando há inadimplemento de obrigação positiva (dar e fazer) e líquida (valor certo), que tenha data fixada para o seu cumprimento. O descumprimento acarreta automaticamente a mora, sem necessidade de qualquer providência do credor (o dia do vencimento interpela o homem, art. 397, Código Civil). Ocorre também quando se tratar de obrigação negativa, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster (art. 390, Código Civil). Por último, haverá mora *ex re* quando da prática de ato ilícito, desde o momento em que foi praticado (art. 398 do Código Civil)[17].
>
> Mora *ex persona:* ocorre quando a obrigação não tiver data fixada para o seu cumprimento, dependendo de providência do credor. Aqui, o devedor só se incorrerá em mora pela notificação, interpelação ou protesto (art. 397, par. ún., Código Civil).

8. A CITAÇÃO E A INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO DESPACHO CITATÓRIO

O pronunciamento judicial que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, *interrompe a prescrição*. Não é a citação que a interrompe, mas o ato que a ordena. A data da interrupção, porém, será a da propositura da ação (art. 240, §1º, CPC). Embora a interrupção da prescrição pelo despacho citatório, a lei determina a retroação da data em que o prazo prescricional se reputa interrompido: a data da propositura da ação (art. 312, CPC).

---

16. Nos casos em que a dívida perseguida é líquida e tem termo certo, constitui-se em mora o devedor desde o momento em que a dívida se venceu (art. 397, *caput*, do Código Civil); quando não tem termo certo, constitui-se o devedor em mora pela interpelação judicial ou extrajudicial (art. 397, p. único, do Código Civil). Nos casos de prática de ato ilícito, a mora se constitui desde a data do evento (art. 398 do Código Civil). Assim, a mora de que ora se trata refere-se aos casos em que, inexistindo termo certo, o devedor não foi constituído em mora por meio de interpelação.
17. Enunciado n. 54 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."

> O CPC atual adota regra idêntica à do Código Civil (art. 202, I), resolvendo a divergência que havia ao tempo do código anterior, que atribuía à citação o efeito de interromper a prescrição.

É preciso advertir que não é qualquer despacho liminar que interrompe a prescrição. É necessário que o julgador tenha feito um juízo positivo, ainda que precário, da admissibilidade da causa (verificação da existência dos pressupostos processuais), convocando o réu ao processo. Despacho que determina a emenda da petição inicial, por exemplo, não interrompe a prescrição, tampouco a sentença que indeferiu a petição inicial. Eventual extinção do processo sem resolução do mérito, após a citação, não impede que se considere interrompida a prescrição – deverá o autor lembrar, no entanto, que a prescrição somente se interrompe uma vez (art. 202, *caput*, Código Civil).

Além disso, conforme prevê o próprio texto do inciso I do art. 202 do Código Civil, a citação deve ser feita no prazo que determinar a lei processual. O §2º do art. 240 do CPC determina que incumbe ao autor adotar, em dez dias, as providências necessárias para viabilizar a citação; se não o fizer, a prescrição não se reputará interrompida na data da propositura; somente se considerará interrompida quando a citação realizar-se. O ônus de promover a citação consiste, basicamente, em: juntar cópia da petição inicial para ser encaminhada ao réu (no caso de processo em autos de papel; art. 248, *caput*, do CPC), adiantar as despesas com a citação e indicar o endereço do réu[18].

O §3º do art. 240 do CPC consagra antigo entendimento jurisprudencial (enunciado n. 106 da súmula do STJ): a parte autora não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

A propositura da demanda *obsta* a consumação da *decadência*, desde que promovida a citação no prazo de dez dias, conforme o §1º do art. 240 do CPC. É que, de acordo com o §4º do art. 240 do CPC, aplica-se à decadência o regramento da interrupção do prazo prescricional.

> Fala-se que a propositura da demanda *obsta*, e não *interrompe*, o prazo decadencial. É que, em regra, prazo decadencial não se interrompe[19]. Nada impede, porém, que por razões de política legislativa, o legislador atribua a um fato jurídico o efeito de interromper o prazo decadencial, embora isso não seja comum.

18. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 104.
19. "A decadência só se aplica a direitos potestativos, que são direitos sem pretensão, e, portanto, insusceptíveis de violação. Assim sendo, somente quando, para o exercício do direito potestativo, é preciso usar de ação judicial, é que se vai a Juízo (para, por exemplo, exercer direito de anular negócio jurídico). Ora, o simples ajuizamento da ação, que é instrumento do exercício desse direito potestativo, significa que a parte está exercendo o seu direito. Por isso, e não porque haja interrupção ou suspensão do prazo de decadência, é que esse direito não mais decai: o exercício afasta a decadência, pois esta só ocorre se o direito não é exercido". (ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte geral do Projeto de Código Civil*, p. 157.)

9. MODALIDADES

9.1. Citação pelo correio

É a regra geral, ressalvados os casos de citação por meio eletrônico (art. 246, §§ 1º e 2º, CPC); não depende de requerimento da parte. É espécie de citação real, na medida em que depende da entrega da correspondência ao citando.

A citação postal pode realizar-se em qualquer comarca do país, independentemente de carta precatória (art. 247, *caput,* CPC).

Há casos, porém, em que é inadmissível (art. 247 do CPC): *a)* ação de estado, como a ação de interdição, ressalvadas as ações de família[20]; *b)* quando o citando for incapaz;[21] *c)* quando o citando for pessoa jurídica de direito público; *d)* quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência; *e)* quando o autor, justificadamente, requerer de outra forma.

São *requisitos da correspondência:*

a) estar acompanhada de cópia da petição inicial (art. 248, *caput,* CPC);

b) estar acompanhada de cópia do despacho do juiz (art. 248, *caput,* CPC);

c) conter as informações discriminadas no art. 250 do CPC (art. 248, §3º, CPC): os nomes do autor e do citando, e seus respectivos domicílios ou residências; o fim da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução; a aplicação de sanção para o caso de descumprimento da ordem, se houver; se for o caso, a intimação do citando para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento; a cópia da decisão que deferir tutela antecipada; a assinatura do escrivão ou do chefe de secretaria e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.

d) a carta há de ser registrada (art. 248, §1º, CPC): consagrou-se antigo entendimento jurisprudencial (enunciado n. 429 da súmula do STJ).

A *entrega da correspondência* deve ser feita, em regra, como se disse, diretamente ao citando, exigindo-lhe que assine o recibo. As exceções foram examinadas em item precedente.

---

20. O inciso II do art. 247 proíbe a citação postal em ações de estado, mas contém uma ressalva: "observado o disposto no art. 695, §3º". O art. 695 do CPC cuida das ações de família; o parágrafo, da necessidade de citação pessoal em ações de família. Sucede que a citação pessoal é a regra em qualquer caso; não há especificidade alguma na ação de família, no particular. A ressalva do inciso II do art. 247 somente faz sentido se compreendida como uma exceção: nas ações de família de estado, cabe citação postal.

21. Incapaz, no caso, tanto é o civilmente incapaz, como aquele que não tem condições de compreender adequadamente o conteúdo da correspondência escrita - analfabeto, deficiente visual etc. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado.* São Paulo: RT, 2008, p. 226; TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 293.

> "Em caso de recusa de recebimento ou de assinatura do recibo: reputa-se frustrada a diligência, já que o carteiro não tem fé pública, restando ao autor a requerer por mandado, cobrando ao réu as custas da diligência fracassada".[22]

A citação postal é ato complexo. Ela se aperfeiçoa com a juntada aos autos do aviso de recebimento, data a partir da qual começa a fluir o prazo para a resposta (art. 231, I, CPC).

9.2. Citação por oficial de justiça

A outra modalidade de citação é a feita por oficial de justiça, também chamada de citação por mandado. O mandado é a documentação do ato do juiz pelo escrivão ou chefe de secretaria, que o assina.

Cabe a citação por mandado quando se permite (art. 247 do CPC) ou se frustra a citação postal (art. 249, CPC).

O art. 247, III, CPC, proíbe a citação postal quando o citando for pessoa jurídica de direito público.

São *requisitos do mandado* (art. 250, CPC): "I – os nomes do autor e do citando e seus respectivos domicílios ou residências; II – a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução; III – a aplicação de sanção para o caso de descumprimento da ordem, se houver; IV – se for o caso, a intimação do citando para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento; V – a cópia da petição inicial, do despacho ou da decisão que deferir tutela provisória; VI – a assinatura do escrivão ou do chefe de secretaria e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.".

São *formalidades* que devem ser observadas na citação por oficial de justiça, sob pena de invalidade (art. 251, CPC): a) leitura do mandado pelo oficial; b) entrega da contrafé; c) certidão de recebimento ou recusa da contrafé; d) obtenção da nota de ciente ou certidão de que o réu não a apôs no mandado.

Citação em comarcas vizinhas ou pertencentes à mesma região metropolitana[23]. O CPC mitigou o princípio da territorialidade da jurisdição. Permite-se que o

22. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II. p. 221.

23. Região metropolitana é uma aglomeração urbana que configura uma metrópole (Art. 2º, VII, Lei n. 13.089/2015). Metrópole é o espaço urbano com continuidade territorial que, em razão de sua população e relevância política e socioeconômica, tem influência nacional ou sobre uma região que configure, no mínimo, a área de influência de uma capital regional, conforme os critérios adotados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (Art. 2º, V, Lei n. 13.089/2015).

oficial de justiça de uma comarca dirija-se a comarca contígua (fronteiriça), de fácil comunicação, ou da mesma região metropolitana para realizar a citação, intimação e notificação (art. 255, CPC) – além de atos executivos, como a penhora.

A citação por oficial de justiça é um ato complexo; aperfeiçoa-se com a juntada aos autos do mandado, a partir de quando começa a fluir o prazo para a resposta (art. 231, II, CPC).

9.3. Citação por mandado com hora certa

Há uma modalidade especial de citação por oficial de justiça. É uma espécie de citação *ficta*, pois a lei, por ficção, considera que o citando foi cientificado.

Ela está regulada nos arts. 252-254 do CPC.

Para que se admita a citação com hora certa, é preciso que se preencham alguns pressupostos: a) procura do citando, sem êxito, por duas vezes, em dias distintos (aplicação analógica do §1º do art. 830 do CPC), em seu domicílio ou residência; b) deve haver suspeita de ocultação (art. 252, *caput*, CPC). O oficial certificará o preenchimento dos pressupostos no mandado.

Preenchidos os pressupostos, o oficial de justiça deve observar o seguinte procedimento:

a) intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho, que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação na hora que determinar – o terceiro há de ser pessoa capaz, de nada valendo a intimação se se tratar de criança ou interdito (art. 252, *caput*, CPC);

b) nos condomínios edilícios ou loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação feita na pessoa do funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência (art. 252, par. ún., CPC);

c) se, durante o procedimento, a suspeita desaparecer, a citação deve ser feita normalmente;

d) no dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência (art. 253, *caput*, CPC);

e) se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias (art. 253, §1º, CPC);

f) a citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho, que houver sido intimado, esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado (art. 253, §2º, CPC);

g) da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome (art. 253, §3º, CPC);

h) o oficial de justiça fará constar do mandado a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia (art. 253, §4º, c/c art. 72, II, CPC).

Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de dez dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência (art. 254, CPC). Muito embora obrigatória, essa comunicação não integra os atos de solenidade da citação.

> Na citação por hora certa, a remessa pelo escrivão da carta, telegrama ou radiograma dando ciência ao réu da citação é requisito obrigatório e, se não efetuada, acarreta a nulidade da citação. Não obstante, o prazo para a contestação começa a correr da juntada aos autos do mandado de citação, e não da juntada do aviso de recebimento da correspondência a que se refere o art. 254 do CPC.[24] No entanto, se, por equívoco, nesta comunicação houver advertência de que o prazo para contestação começará a correr da data da juntada do aviso de recebimento respectivo, e não em conformidade com essa orientação, haverá de ser protegida a situação de confiança a que foi induzido o réu por um ato estatal: o prazo de contestação será o da juntada do aviso de recebimento da correspondência do art. 254 do CPC, e não o da juntada do mandado de citação. Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé processual. A propósito, STJ, 3ª T., REsp. n. 746.524/SC, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 03.03.2009, publicado no DJe de 16.03.2009.
>
> Se a certidão do oficial de justiça não explicita os dias e os horários em que realiza as diligências de procura do réu, também acarretará a nulidade da citação por hora certa. Precedentes citados: REsp n. 280.215-SP, DJ 13/8/2001, e REsp n. 473.080-RJ, DJ 24/3/2003. REsp n. 468.249-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 5.8.2003.

Havendo revelia, o magistrado deverá proceder à nomeação de curador especial ao réu (art. 72, II, CPC).

9.4. Citação pelo escrivão ou chefe de secretaria

Se o citando comparecer em cartório, o escrivão ou chefe de secretaria pode fazer a citação (art. 152, II, e art. 246, III, CPC). Trata-se de regra que simplifica sobremaneira o procedimento citatório.

O prazo para a resposta, neste caso, começa a fluir da data da citação (art. 231, III, CPC).

24. Nesse sentido: STJ, 3ª T., REsp n. 1.291.808, Rel. João Otávio de Noronha, notícia publicada em 08 de julho de 2013.

9.5. Citação por edital

A citação pode ser feita por edital. Também é hipótese de citação *ficta*. Se houver revelia, também há de nomear-se curador especial para promover a defesa do revel (art. 72, II, CPC).

A citação por edital é admissível: *a)* quando desconhecido ou incerto o réu; *b)* quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar; *c)* nos casos expressos em lei (art. 256, CPC).

O réu é *desconhecido* quando não se sabe quem deve ser citado. Um bom exemplo, muito comum: o autor é devedor de laudêmio e de foro, mas não sabe quem é o senhorio. Há réu, que é certo (o credor da obrigação), mas ele é *desconhecido*.

O réu é *incerto*, quando não se sabe sequer se haverá réu. São os casos, muito comuns, da ação de usucapião de imóvel e da ação de recuperação ou substituição de título ao portador (art. 259, I e II, CPC).

O local de citação é *ignorado*, quando não se tem qualquer informação sobre o local onde se encontra o citando. O local de citação é *incerto*, quando, embora se saiba em que território se possa encontrar o citando, não se tem o endereço. O local de citação é *inacessível*, quando, embora conhecido, não se possa lá realizar a citação, em razão de guerra, epidemia, calamidade pública etc.

A lei estabelece uma presunção legal absoluta de desconhecimento ou incerteza do local da citação, quando "infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos" (art. 256, §3º, CPC).

No caso de local inacessível, "a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão" (art. 256, §2º, CPC). Além do edital, a lei exige a comunicação por emissora de radiodifusão, no caso de local inacessível; assim, a validade da citação pressupõe essa dupla tentativa de comunicação.

A lei estabelece uma presunção legal absoluta de inacessibilidade: "considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória" (art. 256, §1º, CPC).

A lei exige citação na ação de usucapião de imóvel, nas ações de recuperação e substituição de título ao portador e em qualquer outra ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos (art. 259, CPC).

São requisitos do edital (art. 257, CPC): I – a afirmação do autor ou a certidão do oficial informando a presença das circunstâncias autorizadoras; II – a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e

na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos; III – a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre vinte e sessenta dias, fluindo da data da publicação única, ou, havendo mais de uma, da primeira; IV – a advertência de que será nomeado curador especial em caso de revelia.

O juiz poderá determinar que a publicação do edital seja feita também em jornal local de ampla circulação ou por outros meios, considerando as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias (art. 257, par. ún., CPC).

A parte que requerer, dolosamente, a citação por edital, fazendo afirmação falsa quanto ao preenchimento dos pressupostos para a sua realização, incorrerá em multa de cinco vezes o salário-mínimo, que reverterá em benefício do citando (art. 258, CPC).

O prazo para apresentar resposta, quando houver citação por edital, começa a fluir no dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz (art. 231, IV, CPC).

9.6. Citação por meio eletrônico

A Lei n. 11.419/2006 criou e regulamentou o *processo em autos eletrônicos*. No *processo em autos eletrônicos*, o Poder Judiciário vale-se de sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

No processo em autos eletrônicos, todas as citações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma dessa Lei (art. 9º da Lei n. 11.419/2006).

Mas somente é possível haver citação eletrônica se a íntegra dos autos estiver disponível para o citando (art. 6º, Lei n. 11.419/2006).

Se a citação *viabilizar* o acesso do demandado à íntegra do "processo" ("autos eletrônicos"), será considerada como *vista pessoal* do interessado para todos os efeitos legais (art. 9º, § 1º, Lei n. 11.419/2006).

Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização da citação, esse ato processual poderá ser praticado segundo as regras gerais para o procedimento documentado em autos de papel, digitalizando-se o documento, que deverá ser posteriormente destruído (art. 9º, § 2º, Lei n. 11.419/2006).

Considera-se "transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores" (art. 1º, II, da Lei n. 11.419/2006). A prática de atos processuais em geral por meio eletrônico será admitida mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º dessa Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no

Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos (art. 2º da Lei n. 11.419/2006).

A *citação por meio eletrônico* é, para o CPC, o meio preferencial de citação de pessoas jurídicas privadas – ressalvadas as microempresas e as empresas de pequeno porte (art. 246, §1º, CPC) – e públicas (art. 246, §2º, CPC). Todas as empresas estatais estão abrangidas pela regra: empresas públicas e sociedades de economia mista.

Todas essas pessoas jurídicas estão obrigadas a manter cadastro junto aos sistemas de processo em autos eletrônicos (art. 246, §1º, CPC).

> Convém reproduzir duas regras de transição previstas no final do CPC.
>
> Art. 1.050. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas respectivas entidades da administração indireta, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da entrada em vigor deste Código, deverão se cadastrar perante a administração do tribunal no qual atuem para cumprimento do disposto nos arts. 246, § 2º, e 270, parágrafo único.
>
> Art. 1.051. As empresas públicas e privadas devem cumprir o disposto no art. 246, § 1º, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de inscrição do ato constitutivo da pessoa jurídica, perante o juízo onde tenham sede ou filial.
>
> Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica às microempresas e às empresas de pequeno porte.
>
> O art. 1.051 do CPC parece dirigir-se somente às *novas* pessoas jurídicas empresárias, tanto que o prazo para fazer o cadastro perante o tribunal é contado da data da inscrição do ato constitutivo da sociedade.
>
> Isso, porém, não faz sentido: *a)* haveria um tratamento desigual em relação às milhares de pessoas jurídicas constituídas antes da vigência do Código, que estariam livres do cumprimento do dever de cadastro; *b)* o propósito do Código, de dar preferência às comunicações eletrônicas, não seria alcançado, pois sociedades empresárias litigantes habituais não seriam atingidas pela regra; *c)* haveria um tratamento desigual, em favor das pessoas jurídicas empresárias constituídas antes do novo Código, também em relação aos entes públicos, que, nos termos do art. 1.050, têm de cumprir esse dever.
>
> Para dar conformidade constitucional aos textos normativos dos arts. 1.050 e 1.051, a melhor interpretação é a seguinte: *a)* as pessoas jurídicas empresárias constituídas antes do novo Código deverão, no

prazo de trinta dias contados a partir da vigência do CPC, providenciar o cadastro perante os tribunais em que atuam (aplicação analógica do art. 1.050, CPC); *b)* as pessoas jurídicas empresárias constituídas após o novo Código deverão, no prazo de trinta dias contados da inscrição do respectivo ato constitutivo, providenciar o cadastro perante os tribunais em que atuam (art. 1.051, CPC).

A citação eletrônica deve observar as exigências do art. 5º da Lei n. 11.419/2006: *a)* a deve ser feita em portal próprio, acessível pelos cadastrados no sistema, dispensada a publicação no órgão oficial (art. 5º, *caput*); *b)* considerar-se realizada no dia em que o citando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização (art. 5º, §1º); *c)* na hipótese anterior, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a citação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte; *d)* a consulta deverá ser feita em até dez dias corridos contados da data do envio da citação, sob pena de considerar-se a citação automaticamente realizada na data do término desse prazo – há, aqui, uma presunção legal de citação; não é uma ficção, pois a comunicação *pode* ter acontecido.

Feita a citação eletrônica, o prazo de resposta começa a fluir no dia útil seguinte à consulta ou ao término do prazo para que a consulta se dê (art. 231, V, CPC).

Somente os cadastrados no sistema poderão ser citados eletronicamente. Por isso que o CPC, conforme visto acima, impôs o dever de as pessoas jurídicas procederem ao cadastro perante os tribunais, ressalvadas as microempresas e as empresas de pequeno porte.

Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da citação e o início automático do prazo processual àqueles que manifestarem interesse por esse serviço (art. 5º, §4º, Lei n. 11.419/2006).

Nos casos urgentes em que a citação feita desta forma possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz (art. 5º, §5º, Lei n. 11.419/2006).

CAPÍTULO 18

Audiência preliminar de conciliação ou mediação

Não sendo o caso de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido, o juiz determinará a citação do réu e designará audiência de conciliação ou mediação (art. 334, *caput*, CPC).

O réu deve ser citado com no mínimo vinte dias de antecedência em relação à data da audiência. Na carta (art. 248, §3º, CPC) ou no mandado de citação (art. 250, IV, CPC), o réu será intimado para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento.

> Importante o registro do art. 154, VI, do CPC, segundo o qual cabe ao oficial de justiça "certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber".
>
> Certificada a proposta de autocomposição prevista no inciso VI, o juiz ordenará a intimação da parte contrária para manifestar-se, no prazo de cinco dias, sem prejuízo do andamento regular do processo, entendendo-se o silêncio como recusa (art. 154, par. ún., CPC).

A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado (art. 334, §3º, CPC).

A audiência é de conciliação ou mediação, pois vai depender do tipo de técnica que será aplicada – e o tipo de técnica depende do tipo de conflito. De acordo com o §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC, será de conciliação "nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes"; será de mediação, "nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes". O tema foi examinado no capítulo sobre mediação e conciliação, neste volume do *Curso*.

Diferentemente do que ocorria no CPC/1973, a audiência de conciliação ou mediação será realizada *antes* do oferecimento da defesa. É, realmente, uma audiência preliminar – o CPC generalizou, neste ponto, a regra o modelo já existente há muitos anos no âmbito dos Juizados Especiais.

Esta audiência deve realizar-se no centro judiciário de solução consensual de conflitos (art. 165, CPC); somente em casos excepcionais a audiência deve realizar-se na sede do juízo. A audiência pode realizar-se por meio eletrônico, como sistema de videoconferência (art. 334, §7º, CPC). Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não excedentes a dois meses da primeira, desde que necessárias à composição das partes (art. 334, §2º, CPC). A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de vinte minutos entre o início de uma e o início da seguinte (art. 334, §12, CPC).

A audiência deve ser conduzida por conciliador ou mediador, conforme o caso (art. 334, §1º, CPC). Se não houver conciliador ou mediador, em caráter excepcional poderá ser conduzida pelo juiz.

Há, porém, *duas* hipóteses em que a audiência de conciliação ou mediação *não* deverá ser designada (art. 334, §4º, CPC):

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual. Note que há necessidade de manifestação *expressa* de vontade de *ambas as partes*. O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição (art. 319, VII, CPC), e o réu, por petição, apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência (art. 334, §5º, CPC).

Se o réu manifestar o *desinteresse* na solução por autocomposição, o prazo para a sua resposta começa a correr da data do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu (art. 335, II, CPC).

> O legislador preferiu não impor a audiência no caso em que *ambas as partes manifestam expressamente o seu desinteresse*. A solução parece boa: elimina a possibilidade de a audiência não se realizar porque apenas uma parte não a deseja, mas ao mesmo tempo *respeita* a vontade das partes no sentido de não querer a autocomposição, o que está em conformidade com o princípio do respeito ao autorregramento da vontade e com o princípio da cooperação. Repita-se o que já se disse neste *Curso*: a vontade das partes não pode ser nem é um dado irrelevante para o processo.

Se houver litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes (art. 334, §6º, CPC). Há, aqui, um problema: a solução por autocomposição (transação, renúncia ou reconhecimento da procedência do pedido) não pode ser imposta a um litisconsorte que não a deseja. Assim, se o caso for de litisconsórcio simples, não há problema em que apenas um deles resolva o litígio consensualmente; se o caso for de litisconsórcio unitário, ou todos concordam com a autocomposição, ou nada feito.

II – Também não será marcada a audiência de conciliação ou mediação no processo em que não se admita a autocomposição.

Não se pode confundir "não admitir autocomposição", situação que autoriza a dispensa da audiência, com ser "indisponível o direito litigioso". Em muitos casos, o direito litigioso é indisponível, mas é possível haver autocomposição. Em ação de alimentos, é possível haver reconhecimento da procedência do pedido pelo réu e acordo quanto ao valor e forma de pagamento; em processos coletivos, em que o direito litigioso também é indisponível, é possível celebrar compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, §5º, Lei n. 7.347/1985).

Na verdade, é rara a hipótese em que se veda peremptoriamente a autocomposição. O Poder Público, por exemplo, somente pode resolver o conflito por autocomposição quando houver autorização normativa para isso – fora dessas hipóteses, não há como realizar a autocomposição. Nesses casos, o réu será citado para apresentar resposta, no prazo legal, sem a intimação para comparecer à audiência, que não se realizará (art. 335, III, CPC).

> Isso não quer dizer que não há possibilidade de autocomposição nos processos de que faça parte ente público. Há, ao contrário, forte tendência legislativa no sentido de permitir a solução consensual dos conflitos envolvendo entes públicos. A criação de câmaras administrativas de conciliação e mediação é um claro indicativo neste sentido (art. 174, CPC). Cada ente federado disciplinará, por lei própria, a forma e os limites da autocomposição de que façam parte.

Comparecer *à audiência de conciliação ou mediação* é um dever processual das partes. O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, conforme o processo esteja tramitando na Justiça Federal ou na Justiça Estadual (art. 334, §8º, CPC).

As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos (art. 334, §9º, CPC).

A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir (art. 334, §10, CPC). Observe que qualquer parte pode fazer isso: pessoa natural[1], pessoa jurídica, condomínio, espólio etc. O uso do termo "representante" em vez de "preposto" (utilizado no art. 331, *caput*, do CPC/1973) teve o nítido propósito de desvincular esta representação voluntária

1. GARCIA, Marco Túlio Murano. "A figura do preposto no âmbito do processo sumário". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 89, p. 109-113.

da atividade empresarial: qualquer sujeito de direito, empresário ou não empresário, tem o direito de fazer-se representar nesta audiência.

É preciso que este representante voluntário tenha poderes para negociar e transigir. A sua atuação restringe-se à negociação e à assinatura do acordo, se for o caso; ele não postula, não alega nem depõe pela parte – até porque nem seria este o momento adequado. Qualquer pessoa capaz pode ser constituída como esse representante negocial. O adolescente que tenha entre dezesseis e dezoito anos também pode ser representante (art. 666 do Código Civil[2]).

> Representante de pessoa jurídica ou firma individual não precisa ter com esses entes vínculo empregatício. A propósito, a nova redação do § 4º do art. 9º da Lei n. 9.099/1995, trazida pela Lei n. 12.137/2009, aplicável por analogia ao procedimento comum: "§ 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado, munido de carta de preposição com poderes para transigir, sem haver necessidade de vínculo empregatício".

Constituído o representante com poder para negociar e transigir, a parte não precisa comparecer pessoalmente à audiência preliminar.

Há proibição de atuação do advogado como preposto (art. 23 do Código de Ética da OAB). Parece, no entanto, que essa proibição não se aplica à representação processual, porquanto a participação do advogado, aqui, na qualidade de representante negocial, restringir-se-á à negociação e à assinatura do termo de acordo – atividades típicas do exercício da advocacia. A restrição do Código de Ética refere-se à preposição em causas trabalhistas, nas quais a figura do preposto assume outras funções processuais – depor pela parte, por exemplo.

A autocomposição será homologada pelo juiz (não havendo vício, obviamente) e, tendo ela abrangido todo o objeto litigioso, processo será extinto com resolução do mérito (art. 487, III, CPC).

Se não for alcançada a autocomposição, o prazo para a resposta do réu começa a correr da data da audiência (art. 335, I, CPC).

---

2. Art. 666 do Código Civil: "O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores". "Dispensa-se a plena capacidade civil do representante porque, sendo a pessoa apta a entender o negócio a ser realizado, é irrelevante seu *status* jurídico já que os efeitos do negócio se produzem diretamente na esfera jurídica do *dominus negotii*" (Maria Cândida Amaral Kroetz, *A representação voluntária no direito privado*, p. 62).

CAPÍTULO 19

Teoria da exceção, resposta do réu e revelia

Sumário • 1. Teoria da exceção: 1.1. Acepções do termo "exceção": 1.2. Exceção em sentido substancial e exceção em sentido processual. Os contradireitos (exceções substanciais) e o seu regime jurídico processual; 1.3. Da exceção como direito de defesa; 1.4. Ação *versus* exceção – 2. Espécies de defesa: 2.1. Mérito e admissibilidade; 2.2. Objeções e exceções; 2.3. Peremptória e dilatória; 2.4. Direta e indireta; 2.5. Instrumental e interna – 3. Resposta do réu – 4. A contestação: 4.1. Noção geral; 4.2. Prazo; 4.3. A regra da eventualidade ou da concentração da defesa; 4.4. Defesas de admissibilidade.: 4.4.1. Inexistência ou nulidade de citação; 4.4.2. Incompetência do juízo. O direito de o réu alegar incompetência no foro do seu domicílio; 4.4.3. Incorreção do valor da causa; 4.4.4. Inépcia da petição inicial; 4.4.5. Perempção, litispendência e coisa julgada; 4.4.6. Conexão e continência; 4.4.7. Incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; 4.4.8. Alegação de convenção de arbitragem: 4.4.8.1. Generalidades; 4.4.8.2. Alegação de convenção de arbitragem e a *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral; 4.4.8.3. Decisão sobre a alegação de convenção de arbitragem; 4.4.9. Ausência de legitimidade ou de interesse processual. O direito de substituição do réu e o dever de o réu indicar o legitimado passivo. Novas hipóteses de intervenção de terceiro; 4.4.10. Falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar; 4.4.11. Indevida concessão do benefício da gratuidade concedido ao autor; 4.5. Defesas que têm de ser alegadas fora da contestação e que podem ser alegadas depois da contestação; 4.6. Crítica à interpretação literal do art. 337 do CPC. Quebra do dogma da primazia da defesa de admissibilidade sobre a defesa de mérito; 4.7. Ônus da impugnação especificada: 4.7.1. Noção; 4.7.2. Representantes judiciais que estão dispensados deste ônus (art. 341, par. ún., CPC); 4.7.3. Afirmações de fato que, mesmo não impugnadas especificadamente, não serão havidas como verdadeiras; 4.8. Forma e requisitos; 4.9. Pedido do réu; 4.10. Aditamento e indeferimento da contestação; 4.11. Interpretação – 5. Reconvenção: 5.1. Noções gerais; 5.2. Reconvenção e ampliação subjetiva do processo; 5.3. Requisitos: 5.3.1. Haja uma causa pendente; 5.3.2. A observância do prazo de resposta; 5.3.3. Competência; 5.3.4. Compatibilidade entre os procedimentos; 5.3.5. Conexão; 5.3.6. Interesse processual; 5.3.7. Cabimento; 5.3.8. Despesas processuais; 5.4. Reconvenção e substituição processual; 5.5. Reconvenção e pedido contraposto – 6. A revelia: 6.1. Noção; 6.2. Efeitos; 6.3. Mitigações à eficácia da revelia: 6.3.1. A presunção de veracidade não é efeito necessário da revelia; 6.3.2. Revelia não implica necessariamente vitória do autor; 6.3.3. Matérias que podem ser alegadas após o prazo de defesa; 6.3.4. Proibição de alteração de pedido ou da causa de pedir (art. 329, II, CPC); 6.3.5. Intervenção do réu revel; 6.3.6. Necessidade de intimação do réu revel que tenha advogado constituído nos autos; 6.3.7. Possibilidade de ação rescisória por erro de fato; 6.3.8. *Querela nullitatis*; 6.3.9. Impedimento à extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental; 6.4. Revelia na reconvenção.

1. TEORIA DA EXCEÇÃO

1.1. Acepções do termo "exceção"

Exceção é palavra polissêmica na dogmática jurídica: possui sentidos pré-processual, processual e substancial. Esses sentidos seguem, *mutatis mutandis*, a mesma linha das acepções conferidas à palavra "ação", o que possibilita desenhar um paralelo entre elas. Qualquer que seja a acepção dada, no entanto, o emprego da expressão "exceção" pressupõe a condição de demandado.[1]

1. FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 49.

No sentido *pré-processual*, exceção pode ser entendida como o direito fundamental de defesa, examinado no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil.

Na acepção processual, exceção é o meio pelo qual o demandado se defende em juízo, representando, neste último caso, o exercício concreto do direito de defesa. Exceção é, pois, a própria defesa. Em *sentido processual ainda mais restrito*, exceção é uma espécie de matéria que não poderia ser examinada *ex officio* pelo magistrado.

Em sentido *material*, exceção relaciona-se com a pretensão (essa relação entre os institutos é fundamental para a sua compreensão), sendo um direito de que o demandado se vale para opor-se à pretensão, para neutralizar a sua eficácia ou extingui-la – é uma situação jurídica que a lei material considera como apta a impedir ou retardar a eficácia de determinada pretensão (situação jurídica ativa), espécie de contradireito do réu em face do autor: é uma pretensão que se exerce como contraposição à outra pretensão.[2] O tema será examinado com mais vagar no próximo item.

1.2. Exceção em sentido substancial e exceção em sentido processual. Os contradireitos (exceções substanciais) e o seu regime jurídico processual

A relação que se deve fazer entre a exceção em sentido processual e a exceção em sentido substancial é a mesma que se faz entre a ação processual de hoje e a *actio* romana: a partir do momento que o direito material foi desvinculado do processo, não mais se justifica baralhar os conceitos; embora distintos, são institutos que possuem o mesmo nome[3].

Exceção, em sentido processual, é defesa, *qualquer que seja ela* (de mérito, ou não; direta, ou não; peremptória ou dilatória etc.). Exceção substancial é uma espécie de situação jurídica ativa (direito subjetivo, em sentido amplo) – trata-se de um fenômeno do direito material.

O exercício de uma exceção substancial é uma defesa – daí a aproximação dos termos, que costumam ser confundidos. Assim como o autor afirma um direito em sua demanda, o réu pode afirmar um direito em sua defesa. Normalmente, as *exceções substanciais* são examinadas pelos estudiosos do direito material. Mas como o exercício delas é feito em juízo, na defesa do réu, interessa, neste momento, o estudo de algumas particularidades desta peculiar situação jurídica ativa.

A exceção substancial é o contradireito[4]: direito que se exercita contra o exercício do direito afirmado pelo autor. De acordo com a concepção deste *Curso*, exceção

2. Também considerando a exceção substancial um contradireito: André Fontes, *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 49. "Não se pode excepcionar quando se quer, e sim quando alguém avança contra o que tem o *ius exceptionis*". MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6, p. 24.
3. Mais ou menos como afirmado no texto, André Fontes. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, cit., p. 49.
4. FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, cit., p. 49.

substancial e contradireito são expressões sinônimas, embora haja quem, como será visto adiante, considere a exceção substancial uma espécie de contradireito, ao lado de alguns direitos potestativos.

O contradireito é uma situação jurídica ativa[5] – situação de vantagem – exercido como reação ao exercício de um direito. É um direito contra outro direito, assim como o antídoto é um veneno contra um veneno. Trata-se de um direito que não é exercido por *ação*. A afirmação deste direito é feita na *defesa*, e não na *ação*[6]. Por isso, não pode ser objeto de reconvenção ou pedido contraposto – sobre ambos, ver item mais à frente, neste capítulo. Quando reconvém ou formula pedido contraposto, o réu afirma ter direito (e não um contradireito) contra o autor.

Os contradireitos servem para *neutralizar* a situação jurídica afirmada pelo autor, como no caso da prescrição, do benefício de ordem do fiador ou da exceção de contrato não cumprido, ou *extingui-la*, como no caso da compensação e do direito previsto no §4º do art. 1.228 do Código Civil[7]. Há quem designe apenas os primeiros como *exceções substanciais*[8], enquanto os outros seriam direitos potestativos exercitados na defesa[9]. Parece-nos preferível designar tudo como *exceção substancial*, que se dividiria em duas espécies, conforme a respectiva eficácia – reconhece-se, porém, não ser uma posição dominante no plano doutrinário.

Ao exercitar um contradireito, o réu, *em vez de negar* o direito afirmado pelo demandante, *o supõe*[10]; exatamente por isso, o contradireito o tem em mira, para neutralizá-lo ou extingui-lo.

---

5. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 185-86; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, t. 1, p. 350-353; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 43.
6. Também nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 36 e 38.
7. § 4º do art. 1228 do Código Civil: "O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante".
8. Nesse sentido, Rafael Alexandria de Oliveira, que entende por exceção substancial apenas o contradireito *neutralizante*; não, porém, o *extintivo* (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 43.). O autor segue a linha de Pontes de Miranda: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, p. 6. "A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão..., só encobre a eficácia do direito". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6, p. 10-11)
9. Pontes de Miranda, por exemplo, afirma que as exceções são "inconfundíveis com os direitos formativos extintivos, como o direito à compensação, e com as pretensões à decretação de nulidade ou de anulação. Não destroem, não extinguem; encobrem eficácia" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, p. 4).
10. "Ao contrário de negar o direito em vias de exercício, a exceção supõe esse direito, mas supõe também um outro que toca ao excipiente". (THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 183)

O réu, ao exercer um contradireito, afirma a *causa* deste contradireito e *pede* a consequência jurídica dele decorrente. A defesa, neste caso, não é mera alegação de fato impeditivo ou extintivo do direito afirmado pelo autor, tampouco é uma defesa direta (nega os fatos afirmados pelo demandante ou questiona as consequências jurídicas pretendidas): trata-se de uma defesa pela qual o réu exerce um *direito*, uma *situação jurídica ativa*, cuja peculiaridade é exatamente ser exercida contra a afirmação de um direito feita pelo autor.

De um modo geral, a exceção substancial, para ser conhecida pelo juiz, precisa ser exercida pelo réu: como se trata de um direito, é preciso que aquele que afirma ser seu titular o exerça. Não pode, salvo expressa previsão legal, o magistrado conhecer *ex officio* dessa exceção – a prescrição, por exemplo, pode ser conhecida de ofício (art. 487, II, CPC).

Não exercido o contradireito no momento da contestação, ocorre a preclusão do direito de exercitá-lo, salvo se a lei expressamente permitir o exercício a qualquer tempo, o que é raro (ex.: prescrição, art. 193 do Código Civil). Bom exemplo é o §2º do art. 538 do CPC, que expressamente determina que o exercício do direito de retenção deva ser feito na contestação.

Observe que essas duas últimas características não são essenciais aos contradireitos: compõem apenas o seu regime jurídico-processual, cabendo ao direito positivo disciplinar-lo.

O art. 190 do Código Civil, ao enunciar que a exceção prescreve no mesmo prazo da pretensão, refere-se ao difícil tema da prescritibilidade dos contradireitos[11].

1.3. Da exceção como direito de defesa

Do mesmo modo que se fala do direito de ação como o direito de provocar a atividade jurisdicional, relacionando-o ao autor (demandante), fala-se da exceção como o direito do réu de resistir à postulação que lhe foi formulada, de ser ouvido e de ter, como consequência, uma decisão que aprecie a postulação do autor. Ambos são assegurados constitucionalmente (art. 5º, XXXV e LV, CF/1988).

Tem o réu, uma vez demandado, tanto quanto o autor, direito à decisão de mérito; a necessidade de o autor não poder prescindir do consentimento do réu para desistir da demanda, se já tiver havido apresentação da resposta, é sinal inequívoco neste sentido (art. 485, §4º, CPC).

11. Sobre a prescritibilidade das exceções, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6, p. 24-25; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 224-229.

No entanto, do mesmo modo que se entende o direito de ação como um direito abstrato – desvinculado da existência ou não do direito material alegado –, também a exceção se apresenta como um direito abstrato: tem direito de defesa mesmo aquele que, afinal, se mostre sem razão.

> Grinover, Dinamarco e Cintra bem sintetizam o tema: "Tomada nesse sentido, da exceção é lícito afirmar que configura um direito análogo e correlato à ação, mais parecendo um particular aspecto desta: aspecto esse que resulta exatamente da diversa posição que assumem no processo os sujeitos da relação processual. Tanto o direito de ação como o de defesa compreendem uma série de poderes, faculdades e ônus, que visam à preparação da prestação jurisdicional".[12]

Importante frisar que, do mesmo modo que o direito de ação não se exaure com a propositura da demanda, "o direito de defesa não é apenas a apresentação da resposta, mas a possibilidade conferida ao réu de, efetivamente, reagir em juízo para que seja negada a tutela jurisdicional ambicionada pelo autor. Assim como o direito de ação, o direito de defesa se desdobra em um conjunto de garantias que confere ao réu a possibilidade de apresentar as suas alegações, produzir as suas provas, recorrer etc."[13] Pode-se pensar, assim, em uma noção estática (a primeira) e em uma noção dinâmica (a segunda) do direito de defesa.

Como desdobramento disso, tem-se que, assim como o autor, também o réu tem direito a um procedimento adequado, em que possa exercer o seu direito de defesa de uma forma adequada, como manifestação das garantias da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88), do contraditório (art. 5º, LV, CF/88) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88). Sucede que "nem todo procedimento, ainda que formalmente perfeito, atende ao direito de defesa, sendo necessário averiguar, em face do seu desenho legal, e a partir de um ângulo externo, se ele está de acordo com as necessidades do direito substancial e com os valores da Constituição. Em outras palavras, a lei, ao limitar o exercício do direito de defesa (reservando exceções para outra demanda), ao limitar o exercício do direito à prova, ou ainda ao inverter o ônus da prova, deve estar atenta às necessidades do direito substancial e aos valores constitucionais. O réu também tem direito ao procedimento adequado".[14]

1.4. Ação *versus* exceção

Para exemplificar o que até então se disse, bem como estabelecer uma correlação entre "ação" e "exceção", temos o seguinte quadro:

12. *Teoria geral do processo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, n. 167, p. 273.
13. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 230.
14. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 231.

Sentido	Ação	Exceção
Pré-processual	Ação como direito abstrato de provocar a atividade jurisdicional do Estado-juiz (sentido estático).	Exceção como direito abstrato de defesa em processo judicial (sentido estático).
Processual	Ação como exercício do direito abstrato de provocar a atividade jurisdicional do Estado-juiz (ação concretamente exercida: sentido dinâmico).	Exceção como exercício do direito abstrato de defesa em processo judicial (defesa concretamente exercida: sentido dinâmico). Exceção, aqui, é ato.
Material	Ação como o próprio direito material em exercício. Como se viu, trata-se de acepção antiga, oriunda do Direito Romano, que não distinguia entre relação jurídica processual e relação jurídica material deduzida no processo.	Exceção como situação jurídica ativa, que a lei material considera como apta a impedir, retardar ou extinguir a eficácia de determinada pretensão manifestada pelo autor e que é exercitada como defesa.

Por ora o que interessa é o estudo da exceção como ato: o exercício da defesa pelo demandado.

A exceção, assim, será estudada, a partir de agora, como o direito de defesa concretamente exercido, isto é, em sentido exclusivamente processual. Elabora-se, então, uma tipologia das defesas: a) admissibilidade e mérito; b) direta e indireta; c) dilatória e peremptória; d) objeção e exceção (em sentido estrito); e) interna e instrumental.

2. ESPÉCIES DE DEFESA

2.1. Mérito e admissibilidade

a) Processuais ou de admissibilidade: são as defesas que têm por objeto os requisitos de admissibilidade da causa (condições da ação e pressupostos processuais). Dizem respeito a questões puramente processuais. O objetivo do demandado é questionar a viabilidade de apreciação do mérito pelo juiz. A formulação de defesa contra a admissibilidade, que traz ao processo questão preliminar, impõe a intimação do demandante para a réplica (art. 351 do CPC).

b) São defesas de mérito: aquelas que o demandado opõe contra a pretensão deduzida em juízo pelo demandante (objeto litigioso), quer para neutralizar os seus efeitos, quer para retardar a produção destes mesmos efeitos (exceções dilatórias de mérito), quer para extingui-los, quer para negá-los peremptoriamente. São exemplos as exceções substanciais, o pagamento, a decadência etc.

2.2. Objeções e exceções

Exceção é sinônimo de defesa, isso já foi visto. Chama-se, porém, *exceção* (em sentido estrito) a alegação de defesa que, para ser conhecida pelo magistrado, precisa ter sido arguida pelo interessado.

Costuma-se dizer que as exceções substanciais não podem ser conhecidas *ex officio*. Esta afirmação, que certamente decorre da origem histórica do instituto "exceção",[15] vista no item anterior, é verdadeira para a generalidade dos casos – a prescrição foge à regra (art. 487, II, CPC).

Também existem exceções (em sentido estrito) de conteúdo processual, como é o caso da incompetência relativa e da convenção de arbitragem, ambas matérias que não podem ser examinadas de ofício pelo órgão julgador.

Não se deve, portanto, considerar que toda exceção em sentido estrito é substancial nem que toda exceção substancial é exceção *stricto sensu*.

Considera-se *objeção* a matéria de defesa que pode ser conhecida *ex officio* pelo magistrado.

Existem objeções substanciais, como é o caso da decadência legal, do pagamento e das causas de nulidade absoluta do negócio jurídico (art. 168, par. ún., e art. 424 do Código Civil; art. 51 do Código de Defesa do Consumidor), e processuais, como as questões relacionadas aos pressupostos processuais (art. 485, § 3º, do CPC).

> O STJ, sem maior fundamentação, entendeu que o juiz não pode, de ofício, reconhecer a abusividade de cláusulas em contratos bancários. Entendeu que a aplicação do art. 51 do CDC, que reputa nulas essas cláusulas, depende de provocação do consumidor, pelo menos no caso de contratos bancários (súmula do STJ, n. 381: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas".).

Também aqui se veem as marcas da história: tinha essa característica (de poder ser conhecida de ofício pelo magistrado) a antiga objeção do direito romano, que era uma figura de direito material relacionada ao sujeito passivo das obrigações, que, em vez de encobrir a eficácia da pretensão (característica da exceção substancial), visa negá-la. Enquanto a exceção substancial não discute a pretensão, a objeção a questiona, a nega. O acolhimento da objeção substancial reconhece a extinção da pretensão. É importante, assim, distinguir a exceção substancial da objeção substancial.

Explica Pontes de Miranda:

15. Amaral Santos já apontava que o conteúdo da *exceptio* está próximo do conteúdo da exceção substancial moderna (*Da reconvenção no direito brasileiro*, p. 57).

> "O excipiente recusa-se a satisfazer a pretensão porque a eficácia dessa está encoberta. Não objeta, não alega fato extintivo ou modificativo, ou que teria impedido o nascimento do direito do demandante. Nas objeções não há alegações de direitos, mas de fatos; nas exceções, há exercício de direitos, por meio de alegações e oposições".[16]

Na mesma linha, com outros argumentos, Calmon de Passos, que procura demonstrar a causa do tratamento diferenciado destas defesas de mérito.

> "Há fatos extintivos ou impeditivos que, embora provados nos autos, não impedem que o juiz prolate uma sentença favorável ao autor, podendo ele, portanto, deixar de levá-los em consideração, por motivo de não terem sido alegados pelo réu. E assim agindo, o julgador não profere uma sentença injusta, no sentido de sentença que inova contra o direito. Outros fatos extintivos ou impeditivos existem, contudo, que, uma vez provado nos autos, reclamam a consideração do magistrado, sob pena de, desconhecendo-os, proferir uma sentença injusta, por inovar contra o direito.[17] No primeiro caso, diz-se que o fato extintivo é uma exceção; e porque não determinando sua existência, necessariamente, obstáculo à prolação de uma sentença justa, reclama-se a iniciativa do interessado para que ele seja devidamente considerado pelo juiz, sob pena de estar violando o princípio dispositivo, que lhe impede tomar a iniciativa de tutela do interesse das partes. No segundo caso, cuida-se de uma objeção, porquanto a sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre injusta (contrária ao direito), se não forem aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado".[18]

O CPC não cuida expressamente das objeções substanciais. O magistrado pode conhecê-las *ex officio*, por força do arts. 342, II, e 493, ambos do CPC. Não obstante a redação do art. 350 do CPC aparentemente referir-se apenas às exceções substanciais, impõe-se a intimação para a réplica também quando o réu alegar objeção.[19]

A distinção entre *objeção* e *exceção* ganhou relevo, nos últimos tempos, em razão da denominada *exceção de não-executividade*, defesa interna ao processo de execução formulada pelo executado, sem garantia do juízo. Para uns, somente seria possível a *objeção de não-executividade*, pois somente as matérias que podem ser conhecidas de ofício poderiam ser alegadas sem a necessidade de penhora

16. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXII, p. 28-29.
17. É como diz Eduardo Couture: "Se o juiz fôsse constrangido a condenar a um novo pagamento de uma dívida já liquidada, o processo seria um meio de criar direitos novos, o que, segundo a doutrina que estamos estudando, seria absolutamente contrário aos seus fins". (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RedLivros, 1999, p. 66).
18. PASSOS, José Joaquim Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 255.
19. PASSOS, José Joaquim Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 407.

(garantia do juízo); para outros, qualquer matéria defensiva poderia ser aduzida, desde que comprovada documentalmente (por isso o termo "exceção", que, como visto, pode assumir a acepção ampla de "defesa", qualquer uma).

Exceção

- **Como instituto de direito material** – Contradireito exercido pelo demandado, que visa neutralizar ou extinguir a eficácia do direito afirmado pelo demandante (p. ex.: exceção de contrato não cumprido, direito de retenção etc.).
- **Como instituto de direito processual** – Qualquer defesa, e, em sentido estrito, aquela que não pode ser conhecida de ofício pelo magistrado.
  - **Processual** – Ex.: alegação de incompetência relativa e alegação de convenção de arbitragem
  - **Substancial** – Ex.: compensação etc.

Objeção

- **Como instituto de direito material** – Fato oposto pelo sujeito passivo que visa a negar a própria pretensão (decadência, pagamento etc.).
- **Como instituto de direito processual** – Qualquer defesa que possa ser conhecida de ofício pelo magistrado.
  - **Processual** – Ex.: incompetência absoluta, falta de interesse de agir, inépcia da petição inicial etc.
  - **Substancial** – Ex.: decadência legal, pagamento etc.

2.3. Peremptória e dilatória

Exceção dilatória é aquela que apenas dilata no tempo o exercício de determinada pretensão. A exceção dilatória retarda o exame, o acolhimento ou a eficácia do direito do demandante. São exemplos: nulidade de citação; conexão; incompetência (salvo nos Juizados Especiais, art. 51, III, Lei n. 9.099/1995); exceção de contrato não cumprido; direito de retenção etc. Como se percebe, é possível a existência de exceção dilatória de mérito e de admissibilidade – normalmente, costuma-se restringir as exceções dilatórias ao rol das defesas processuais, o que é grave equívoco.

Exceção peremptória é aquela que objetiva perimir o exercício da pretensão, fulminá-lo. São espécies de exceção peremptória: prescrição, compensação, pagamento etc. Aqui, também, visualizam-se exceções peremptórias de mérito e de admissibilidade.

Esta classificação remonta a Gaio, jurisconsulto romano, e foi inicialmente feita para *exceptio* romana, figura de direito material. Dizia-se que as *exceptiones* peremptórias seriam perpétuas, pois poderiam ser opostas a qualquer tempo, e as dilatórias, temporárias, porque oponíveis apenas durante um determinado prazo.[20]

20. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 1996, p. 97-98.

2.4. Direta e indireta

Considera-se *defesa direta* aquela em que o demandado se limita *(a)* a negar a existência dos fatos jurídicos constitutivos do direito do autor ou *(b)* negar as consequências jurídicas que o autor pretende retirar dos fatos que aduz (embora reconheça a existência dos fatos, nega-lhes a eficácia jurídica pretendida, em conduta que se denomina de confissão qualificada).

O réu, ao assim defender-se, não aporta ao processo nenhum fato novo. Se a defesa do réu limitar-se à impugnação direta, não haverá necessidade de réplica – manifestação do autor sobre a contestação (arts. 350-351 do CPC). Só se pode falar de *defesa direta de mérito*, pois todas as defesas processuais são indiretas.[21]

O demandado apresenta *defesa indireta* quando agrega ao processo fato novo, que impede, modifica ou extingue o direito do autor. Isso acontece quando o demandado aduz uma exceção substancial (defesa indireta de mérito que não pode ser conhecida *ex officio* pelo magistrado – art. 350 do CPC) ou uma objeção substancial (defesa de mérito que pode ser examinada de ofício pelo magistrado).

Se houver defesa *indireta*, haverá necessidade de réplica, pois o autor tem o direito a manifestar-se sobre o fato novo que lhe foi deduzido. A existência de defesa indireta repercute na distribuição do ônus da prova, que é do réu em relação aos fatos novos (art. 373, II, CPC), e na possibilidade de cisão da confissão, que a princípio é indivisível (art. 395 do CPC – *confissão complexa*).

2.5. Instrumental e interna

Considera-se *exceção interna* aquela que pode ser formulada no bojo dos autos em que está sendo demandado o réu. A maioria das exceções pode ser formulada internamente.

No entanto, é possível, embora raro, que o legislador imponha determinada forma para o exercício da exceção, que implique processamento autônomo, com autuação própria. Chama-se de *exceção instrumental* aquela que, para ser apreciada, exige a formação de um instrumento (autos próprios; conjunto de documentos) autônomo e apensado aos autos principais. Trata-se de opção legislativa que se funda em critérios eminentemente operacionais, notadamente para facilitar o manejo da documentação processual. É o que acontece com a alegação de suspeição e impedimento do juiz, examinada em capítulo próprio neste volume do *Curso*.

21. "As defesas processuais são todas indiretas, porque não vão diretamente à situação de direito material nem se destinam a obter para o réu uma sentença de mérito favorável..." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II, p. 324.)

3. RESPOSTA DO RÉU

Frustrada a tentativa de solução do processo por autocomposição, na audiência preliminar de conciliação ou mediação, ou não sendo o caso de sua designação, abre-se ao réu a oportunidade de apresentar a sua resposta à demanda.

A resposta do réu é designação genérica e não se confunde com a defesa do réu, que é apenas uma forma de o réu responder à demanda.

A resposta do réu pode ser:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado pelo autor (art. 487, III, "a", CPC, examinado no capítulo sobre a extinção do processo);

b) requerimento avulso de desmembramento do litisconsórcio multitudinário ativo (art. 113, §2º, CPC, examinado no capítulo sobre o litisconsórcio);

c) a contestação;

d) a reconvenção;

e) a arguição de impedimento ou suspeição do juiz, membro do Ministério Público ou auxiliar da justiça (examinada em capítulo próprio);

f) a revelia.

Vamos examinar agora as espécies de resposta do réu que ainda não tenham sido enfrentadas por este *Curso*.

4. A CONTESTAÇÃO

4.1. Noção geral

A contestação está para o réu como a petição inicial está para o autor. Trata-se do instrumento da exceção exercida (exercício do direito de defesa), assim como a petição inicial é o instrumento da demanda (ação exercida). É pela contestação que o réu apresenta a sua defesa.

No procedimento comum, a contestação é escrita e deve ser assinada por quem tenha capacidade postulatória – advogado, membro do Ministério Público ou defensor público.

4.2. Prazo

O prazo para a apresentação da contestação é de quinze dias (art. 335, *caput*, CPC).

Se o réu for Ministério Público (art. 180, CPC), ente público (art. 183, CPC), réu representado judicialmente por defensor público (art. 186, CPC) ou litisconsorte com advogado diferente do outro litisconsorte (art. 229, CPC), o prazo é de trinta dias.

O termo inicial do prazo é a data:

a) da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição (art. 335, I, CPC);

b) do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I (art. 335, II, CPC);

c) prevista no art. 231 do CPC, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos – quando, por exemplo, a audiência preliminar de conciliação ou mediação nem for marcada (art. 335, III, CPC).

Se houver litisconsórcio passivo e um deles manifestar desinteresse na realização da audiência preliminar (art. 334, §6º, CPC), o termo inicial será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência (art. 335, §1º, CPC).

Se a audiência preliminar não for designada e o autor desistir do processo em relação a um dos réus não citados, o prazo para contestação correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência (art. 335, §2º, CPC).

4.3. A regra da eventualidade ou da concentração da defesa

A regra da eventualidade (*Eventualmaxime*) ou da concentração da defesa na contestação significa que cabe ao réu formular toda sua defesa na contestação (art. 336, CPC). Toda defesa deve ser formulada de uma só vez como medida de previsão *ad eventum*, sob pena de preclusão. O réu tem o ônus de alegar tudo o quanto puder, pois, caso contrário, perderá a oportunidade de fazê-lo.

> A regra da eventualidade aplica-se, em uma acepção mais ampla, ao autor e ao réu.
>
> > "Os litigantes devem produzir as suas alegações simultaneamente, quando a lei assim o disponha. Ainda que as alegações sejam excludentes, deve-se proceder assim na previsão, *in eventum*, de que uma delas seja rechaçada, cabendo então considerar a subsequente. (...) Uma expressão exagerada, mas ilustrativa do princípio de eventualidade, e da necessidade de evitar a preclusão das alegações logicamente anteriores, contém-se no seguinte dístico clássico: 'Primeiro, não me deste dinheiro algum; segundo, já o devolvi faz um ano; terceiro, disseste que era um presente; e, finalmente, já prescreveu".[22]

22. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RedLivros, 1999, p. 132-133.

Da mesma forma que o autor pode cumular pedidos, própria ou impropriamente, pode o réu cumular defesas, própria ou impropriamente. Haverá cumulação própria de defesas quando o réu apresentar defesa contra vários pedidos, que foram apresentados também em cumulação própria: cada defesa faz o contraponto a um pedido e o demandado deseja que todas elas sejam acolhidas. Haverá cumulação eventual de defesas quando o réu alega uma defesa para a hipótese de a outra, anteriormente formulada, não ser acolhida; aliás, isso é o que normalmente ocorre, pois o réu, preocupado com a observância da regra da eventualidade, apresenta rol exaustivo de defesas. A uma defesa processual, o réu soma uma defesa de mérito para o caso de aquela não ser acolhida.

> Oportuna a lição de Cândido Dinamarco, que relaciona a regra da eventualidade com a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508 do CPC): "Essa faculdade bastante larga repercute nos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada, pela qual a sentença passada em julgado fica imune a qualquer alegação que pudesse pôr em dúvida a estabilidade dos seus efeitos. Ao impedir o conhecimento de qualquer questão referente a processo já extinto, quer as que ali foram suscitadas e discutidas, quer as que não o foram embora pudessem sê-lo (o deduzido e o dedutível), o art. 474 do Código de Processo Civil transmuda em autêntico ônus do réu o exercício das faculdades inerentes à eventualidade da defesa – porque, ou ele alega todas as defesas que tiver, ou não poderá alegá-las mais, depois que o mérito for julgado e a sentença ficar coberta pela coisa julgada".[23] A referência é ao art. 474 do CPC-1973, que corresponde ao art. 508 atual.

A regra da eventualidade autoriza, então, que o réu deduza defesas logicamente incompatíveis. Mas o princípio da boa-fé processual impõe que essa cumulação de defesas incompatíveis tenha limites.[24] Nem toda ilogicidade é superada pela aplicação da regra da concentração da defesa.

Luiz Guilherme Marinoni fornece interessante exemplo de incompatibilidade insuperável pela regra da eventualidade: se o réu afirma que a mercadoria entregue possui vícios, "é impossível negar a sua entrega, pois o juiz, para verificar a existência de vícios, deve necessariamente admitir a entrega da mercadoria".[25] De fato, não se aceita a cumulação das defesas "nada devo" com a "exceção de contrato não cumprido", defesa que pressupõe a existência do direito afirmado pelo

23. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 469.
24. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 246.
25. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil* – teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 326; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2010, p. 202.

demandante.[26] Do mesmo modo, não pode o réu alegar, simultaneamente, que jamais contratara com o autor e, se rejeitada essa alegação, já pagara a dívida.

Note, porém, que pode o demandado alegar que pagou e, na eventualidade, que a dívida esteja prescrita. Pode-se alegar que o ato ilícito afirmado pelo autor jamais existiu e, mesmo se tivesse existido, a pretensão ressarcitória, que desse ato é consequência, estaria prescrita. Essas alegações, embora não possam ser acolhidas simultaneamente, compatibilizam-se pela regra da concentração da defesa.

O art. 337 do CPC lista um rol de defesas processuais que devem ser apresentadas na contestação, antes de o réu discutir o mérito do processo. Excetuada a *incompetência relativa* e a *convenção de arbitragem*, todas são questões que o juiz pode conhecer *ex officio* (art. 337, §5º, CPC).

4.4. Defesas de admissibilidade.

4.4.1. Inexistência ou nulidade de citação

Trata-se de defesa dilatória, pois o máximo que o réu poderá conseguir com o acolhimento da sua alegação é a renovação do prazo para a apresentação da sua resposta.

O inciso I do §2º do art. 239 do CPC determina que, rejeitada a alegação de nulidade da citação, o réu será considerado revel, no processo de conhecimento.

Essa regra somente se aplica ao caso em que o réu, após o prazo de resposta, pede a nulidade da citação e a devolução desse mesmo prazo. Se a alegação for feita no bojo da contestação, apresentada tempestivamente, a sua rejeição não gera revelia, pois o réu já terá apresentado a defesa. Acolhida a alegação feita na contestação, o réu terá novo prazo para apresentar a resposta.

4.4.2. Incompetência do juízo. O direito de o réu alegar incompetência no foro do seu domicílio

A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada na contestação. Não há mais a diferença que existia ao tempo do CPC-1973, quando a incompetência relativa teria de ser alegada em um instrumento distinto da contestação.

O art. 340 determina que, "havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico".

26. OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2010, p. 201.

Observe que não é apenas a alegação de incompetência que é formulada perante o juízo do domicílio do réu: toda a contestação tem de ser apresentada neste momento.

Note, ainda, que essa regra precisa ser harmonizada com outra regra, a que impõe a realização da audiência preliminar de mediação e conciliação. É que, tendo sido marcada a audiência preliminar, a contestação somente seria oferecida se não se chegasse à autocomposição – o prazo de resposta começaria a correr da audiência, conforme visto.

Como réu pode oferecer a contestação no foro de seu domicílio, *onde não está tramitando o processo*, caso alegue incompetência, será preciso cancelar a audiência preliminar, marcada para realizar-se no foro onde tramita o processo.

Perceba, então, que essa contestação, em cujo bojo se alega a incompetência, é apta para adiar a audiência preliminar. A contestação não equivale ao pedido de cancelamento da audiência, que o réu poderia ter formulado, pois é possível que ele tenha interesse na autocomposição, mas apenas não aceita que a audiência preliminar se realize no foro que ele, réu, alega ser incompetente.

Não é fácil, como se vê, compatibilizar as duas regras: permitir que o réu alegue incompetência em seu domicílio e impor uma audiência preliminar antes do oferecimento da contestação, em cujo bojo a alegação de incompetência deve ser formulada.

Por isso tudo, o art. 340 teve que disciplinar essa peculiar situação:

a) § 1º: "A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa". A regra é importante, pois, caso o réu seja vitorioso na alegação de incompetência, este será o juízo competente para o processamento da causa, em razão da prevenção, tal como estabelece o §2º do art. 340.

b) § 3º: "Alegada a incompetência nos termos do *caput*, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada";

c) § 4º: "Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação ou de mediação". Esse parágrafo é importante, pois esclarece que a alegação de incompetência no foro do seu domicílio não significa manifestação de vontade contra a realização da audiência preliminar.

De todo modo, a utilização abusiva, pelo réu, deste benefício, pode caracterizar litigância de má-fé (art.80, IV e VI, CPC).

4.4.3. Incorreção do valor da causa

Na contestação, o réu apresenta a sua impugnação ao valor atribuído à causa pelo autor. Grande diferença em relação ao CPC-1973, em que a impugnação ao valor da causa era apresentada em peça distinta, fora da contestação.

A impugnação pode basear-se em dois fundamentos: *a)* o autor atribui à causa valor em desconformidade com o art. 292 do CPC, que estabelece critérios legais e objetivos para a fixação do valor da causa; *b)* nas hipóteses não reguladas pelo art. 292, cabe ao autor atribuir o valor estimado à causa; nesses casos, caberá impugnação pelo réu se o valor for irrazoável.

A não impugnação pelo réu, neste momento, gera preclusão (art. 293, CPC).

A decisão do juiz que sobre essa alegação do réu é impugnável apenas por ocasião da apelação ou das contrarrazões (art. 1.009, §1º, CPC).

4.4.4. Inépcia da petição inicial

Os casos de inépcia da petição inicial devem ser apontados pelo réu, em sua defesa.

Como a inépcia se relaciona ao pedido ou à causa de pedir, o silêncio do réu, na defesa, pode levar ao entendimento de que ele conseguiu defender-se do que foi pedido e, assim, não seria mais caso de rejeitar a petição inicial por esse defeito.

Obviamente, a total ausência de pedido inviabiliza a prestação jurisdicional; mas a obscuridade, também hipótese de inépcia, não a inviabiliza, sobretudo se da contestação for possível interpretar o que foi pedido. Por isso, é preciso atenção do réu neste ponto: seu silêncio pode implicar preclusão.

4.4.5. Perempção, litispendência e coisa julgada

Trata-se, como já se viu no capítulo sobre pressupostos processuais, de requisitos processuais negativos, pois são fatos que não podem ter ocorrido para que o processo se instaure regularmente. O exame desses pressupostos processuais negativos será feito no capítulo sobre a extinção do processo, nesse volume do *Curso*.

4.4.6. Conexão e continência

O inciso VIII do art. 337 do CPC determina que cabe ao réu, em sua defesa, alegar conexão. O dispositivo também se aplica à continência, que é espécie de conexão. Conexão e continência foram examinadas no capítulo sobre competência, neste volume do *Curso*.

4.4.7. Incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização

São todos defeitos relacionados à capacidade processual (capacidade para estar em juízo), que foi examinada no capítulo sobre pressupostos processuais, neste volume do *Curso*.

4.4.8. Alegação de convenção de arbitragem

4.4.8.1. Generalidades

Na contestação, cabe ao réu o ônus de alegar a existência de convenção de arbitragem (art. 337, X, CPC).

A existência de convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) é fato jurídico que o órgão jurisdicional *não* pode conhecer de ofício (art. 337, §5º, CPC).

A ausência de alegação de convenção de arbitragem pelo réu, na contestação, será considerada como aceitação da jurisdição estatal e consequente renúncia ao juízo arbitral – a omissão do réu, neste caso, é *negocial*, conforme explicado no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais.

A premissa legislativa é óbvia: a convenção de arbitragem é cláusula negocial firmada por pessoas capazes, envolvendo direitos disponíveis. Se uma das partes desobedece a essa disposição negocial, demandando perante o Poder Judiciário, cabe à parte adversária alegar esse descumprimento, demonstrando a existência da convenção de arbitragem; se não o fizer, é como se aceitasse a jurisdição estatal, de resto provocada pela parte autora, que, por isso, também renunciou tacitamente à jurisdição arbitral; assim, ambas as partes, ao aceitarem a jurisdição estatal, abdicam da convenção de arbitragem, em um distrato tácito[27].

Esse regramento encerra duas antigas discussões doutrinárias.

Primeiro, encerra a discussão sobre se o órgão jurisdicional pode conhecer de ofício qualquer convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), ou apenas a cláusula compromissória – a combinação dos arts. 267, §3º, e 301, §4º, do CPC-1973 deixava essa dúvida[28].

Agora, não há mais dúvida: a existência de qualquer espécie de convenção de arbitragem *não* pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional. Essa é, aliás, a opção mais correta, não apenas porque de acordo com a Convenção de Nova Iorque, em vigor no Brasil desde 2002[29], mas, sobretudo, se levarmos em consideração que o compromisso arbitral costuma ser ato com conteúdo mais complexo, na medida

27. Exatamente na linha defendida por FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. "Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil". São Paulo: RT, 2012, n. 205, p. 314.
28. Sobre a discussão, mais recentemente, com bastante proveito, FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. "Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 205, p. 311-314.
29. Art. II, n. 3, da Convenção de Nova Iorque sobre sentenças arbitrais estrangeiras, de 10.06.1958: "3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexequível".

em que sempre contém todos os elementos para a instauração da arbitragem, o que nem sempre ocorre com a cláusula compromissória[30].

Segundo, resolve a questão sobre até que momento é possível alegar a existência de convenção de arbitragem. Como a inexistência de convenção é pressuposto processual negativo, o §3º do art. 485 do CPC poderia levar ao entendimento de que se trata de questão que poderia ser controlada a qualquer tempo, enquanto o processo estivesse pendente – embora o parágrafo não se refira ao inciso VII do art. 485, que cuida da existência de convenção de arbitragem. Não é assim: a alegação deve ser feita no primeiro momento que couber ao réu falar nos autos, sob pena de preclusão.

A alegação de convenção de arbitragem pode vir acompanhada do requerimento para que o processo corra em segredo de justiça, se houver cláusula de sigilo na convenção (art. 189, IV, CPC[31], regra nova e que merece elogios)[32].

A alegação de convenção de arbitragem deve vir acompanhada do instrumento desta convenção.

A Convenção de Nova Iorque, embora exija a forma escrita, reputa acordo escrito a cláusula arbitral inserida em negócio de arbitragem, firmado pelas partes *ou contido em troca de cartas ou telegramas* (art. II, n. 2 – onde se lê "telegramas" pode-se ler, tranquilamente, correio eletrônico). Assim, a convenção de arbitragem pode decorrer de um conjunto de documentos, e não apenas de um instrumento. Quando isso ocorrer, será esse conjunto de documentos que terá de ser juntado pelo réu[33].

Pode acontecer de a convenção de arbitragem já estar nos autos, juntada pelo autor no conjunto de documentos indispensáveis à propositura da ação. Nesse caso, bastará ao réu apontar a existência do documento.

4.4.8.2. Alegação de convenção de arbitragem e a Kompetenzkompetenz do juízo arbitral

Antes de examinar a alegação de convenção de arbitragem, o órgão julgador deve examinar a própria competência para fazer isso. "A competência do juízo

30. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. "Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil", cit., p. 311; TALAMINI, Eduardo. "Arguição de convenção arbitral no projeto de novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem)". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 413.

31. Art. 188, IV, CPC: "Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: (...) IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo". Observe que esse dispositivo garante o sigilo em qualquer processo que verse sobre a arbitragem, o que inclui a execução de sentença arbitral.

32. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. "Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil", cit., p. 321-325.

33. TALAMINI, Eduardo. "Arguição de convenção arbitral no projeto de novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem)", cit., p. 421.

estatal deverá ser analisada previamente à alegação de convenção de arbitragem" (enunciado n. 49 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

É preciso observar, assim, a regra da *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral: é do juízo arbitral a competência para examinar a sua própria competência.

O art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), é claro ao dizer que "caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória".

O art. 485, VII, dispõe que o juiz estatal extinguirá o processo, quando "o juízo arbitral reconhecer sua competência". Eis, então, a consagração da regra da competência do árbitro para julgar a própria competência.

A regra da *Kompetenzkompetenz* não decorre apenas da autonomia da vontade das partes na arbitragem: se fosse apenas disso, não explicaria a natureza jurisdicional de uma decisão de árbitro ou tribunal arbitral declaratória de inexistência de convenção de arbitragem. Haveria a esdrúxula situação de um árbitro com poderes jurisdicionais conferidos por um negócio jurídico inexistente.

A regra da *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral é mais que isso: é um reconhecimento normativo por parte do Estado de que a jurisdição, em tese sob seu monopólio, pode ser exercida por agentes privados em algumas circunstâncias. Assim, essa regra é uma declaração estatal de reconhecimento do Direito da arbitragem como conjunto normativo em que está contido um método jurisdicional privado para solução de um litígio.

A regra da *Kompetenzkompetenz* estabelece uma prioridade: na pendência de processo arbitral, quem *primeiro* tem de analisar questões relativas à competência ou à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem é o próprio árbitro ou tribunal arbitral.

Ela não elimina a possibilidade de exame pelo Poder Judiciário dessas questões ou torna esses temas imunes à apreciação do juiz estatal: apenas posterga a eventual análise deles para uma ação anulatória ajuizada pela parte que se sentiu prejudicada.

Essa regra estabelece, pois, uma ordem cronológica eventual: na pendência de processo arbitral, a primeira análise tem de ser arbitral; em caso de reafirmação pelo árbitro ou tribunal arbitral da própria competência ou de julgamento improcedente da questão sobre inexistência, defeito ou ineficácia da convenção de arbitragem, a parte poderá, *posteriormente* à sentença arbitral, levar essa matéria para conhecimento do Poder Judiciário com eventual ajuizamento da ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem.

A possibilidade dessa análise *posterior* pelo Poder Judiciário está bem evidente no art. 20, §2º, da Lei de Arbitragem, que determina o prosseguimento do processo arbitral em caso de não acolhimento da arguição feita pela parte, com fundamento nos temas do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, "sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei".

Portanto, a regra da *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral é um impedimento *a priori* à cognição do juízo estatal, na pendência de processo arbitral.

A amplitude da regra da *Kompetenzkompetenz* é variada e depende de cada ordenamento jurídico.

Há entendimento restritivo, que tende a ver superioridade moral ou precedência soberana do Poder Judiciário, com o que se lhe permite a apreciação sobre aquelas questões em torno da convenção de arbitragem mesmo na pendência de um processo arbitral.

Há entendimento mais expansivo, que reconhece a prioridade da própria jurisdição arbitral para julgamento daquelas questões sem eliminar a possibilidade de o tema ser futuramente reapreciado pelo Poder Judiciário. Esse entendimento torna a arbitragem mais efetiva e atraente como uma alternativa à jurisdição estatal. O Brasil se situa no segundo grupo; o CPC ratifica isso.

Assim, caso o procedimento arbitral tenha sido instaurado antes da propositura da ação, o juiz estatal, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência. Se o procedimento arbitral não houver sido instaurado, o juiz decidirá a questão.

Se o procedimento arbitral for instaurado depois do ajuizamento da demanda perante o Poder Judiciário, mas antes da decisão do juiz a respeito da questão, o processo jurisdicional estatal também deverá ser suspenso, por idêntica razão[34].

A regra confere o devido prestígio ao sistema arbitral: se há processo arbitral pendente, cabe ao juízo arbitral a definição de sua competência; se não houver, cabe ao órgão jurisdicional estatal decidir sobre a alegação de convenção de arbitragem.

4.4.8.3. Decisão sobre a alegação de convenção de arbitragem.

A decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.014, III, CPC). Note, porém, que a decisão que

34. Nesse sentido, enunciado n. 153 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A superveniente instauração de procedimento arbitral, se ainda não decidida a alegação de convenção de arbitragem, também implicará a suspensão do processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência".

acolher a alegação de convenção de arbitragem é sentença (art. 203, §1º, CPC) e, pois, apelável.

A existência de convenção de arbitragem é fato que pode ser reconhecido pelo juízo arbitral, no caso em que o processo arbitral é anterior ao processo estatal, ou superveniente, mas antes da decisão do juiz estatal, ou pelo próprio órgão jurisdicional estatal, no caso de ainda não haver processo arbitral pendente (art. 485, VII, CPC). Note, assim, que a extinção do processo jurisdicional estatal pode decorrer de uma decisão do juiz da causa ou como efeito anexo da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência.

4.4.9. Ausência de legitimidade ou de interesse processual. O direito de substituição do réu e o dever de o réu indicar o legitimado passivo. Novas hipóteses de intervenção de terceiro.

O inciso XII do art. 337 do CPC permite que o réu alegue ilegitimidade ou falta de interesse processual. Sobre a legitimidade e o interesse processual, examinar capítulo sobre os pressupostos processuais, neste volume do *Curso*.

Há, porém, duas regras especiais sobre a alegação de ilegitimidade passiva.

A alegação de ilegitimidade passiva, formulada pelo réu em sua defesa, confere ao autor o direito de, no prazo de quinze dias, pedir a alteração da petição inicial para a substituição do réu (art. 338, *caput*, CPC). Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º, CPC (art. 338, par. ún., CPC).

A regra, que confere um *direito processual de alteração do polo passivo da demanda*, é muito boa e simplificadora. Trata-se de uma modalidade nova de intervenção de terceiro, que tem por consequência a sucessão processual, que não depende da concordância do réu: ao alegar a ilegitimidade, o réu deve saber que poderá ser substituído, a critério do autor.

> Esta é uma situação peculiar, em que o autor pode desistir da ação, independentemente do consentimento do réu que já contestou. O autor tem o direito de desistir do processo em face do réu originário e incluir outra pessoa no polo passivo. Não se exige, neste caso, para a homologação da desistência, o consentimento do réu. A regra é razoável: tendo alegado sua ilegitimidade, não poderia mesmo o réu negar a desistência do processo em relação a ele. Essa desistência não levará à extinção do processo, que prosseguirá em relação ao novo réu.

Há situações, porém, em que o réu que alegar a sua ilegitimidade tem o *dever* de indicar o legitimado passivo. São os casos em que, pelas circunstâncias do caso, o réu tem conhecimento de quem seja o legitimado passivo (art. 339, *caput*, CPC).

Se o réu não cumprir esse dever, arcará com as despesas processuais e indenizará o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação – a responsabilidade civil, no caso, é subjetiva[35].

Aceita a indicação pelo autor, este, no prazo de quinze dias[36], procederá à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o paragrafo único do art. 338, examinado linhas atrás (art. 339, §1º, CPC). No prazo de quinze dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu: em vez de pedir a substituição do réu, o autor pode pedir a ampliação do polo passivo da demanda. O autor tem o direito de optar por substituir o réu ou ampliar o polo passivo; não há necessidade de consentimento do réu originário.

Um bom parâmetro para a concretização essa regra genérica é a antiga nomeação à autoria, prevista no CPC-1973, que impunha ao a réu o dever de indicar ao autor o legitimado passivo correto. No art. 62 do CPC-1973, o mero detentor (fâmulo da posse: caseiro, motorista, vaqueiro etc.) tinha o dever de indicar o possuidor, quando a demanda reipersecutória lhe fosse indevidamente dirigida. Esse dever se justificava pela relação de subordinação que existe entre o réu (mero detentor) e o terceiro (o correto legitimado passivo, o possuidor ou proprietário). Essa, porém, é apenas uma hipótese.

O art. 339 do CPC cria regra geral: demonstrado que tinha conhecimento de quem é o legitimado passivo, cabe ao réu fazer essa indicação.

As regras decorrentes dos arts. 338 e 339 do CPC aplicam-se a qualquer procedimento, mesmo os especiais e aqueles que não admitem intervenção de terceiro, pois é medida saneadora e preocupada com a duração razoável do processo[37].

4.4.10. Falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar

O inciso XII do art. 337 autoriza que o réu alegue, na contestação, a falta de caução ou de outra prestação que a lei exigir como preliminar. São exemplos de deste tipo de defesa: não pagamento de honorários advocatícios de processo extinto sem resolução do mérito, quando o autor intente a mesma ação (art. 486, §2º, CPC); não pagamento das custas processuais (art. 290, CPC); não realização do depósito

35. Enunciado n. 44 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A responsabilidade a que se refere o art. 339 é subjetiva".

36. Enunciado n. 152 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Nas hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 339, a aceitação do autor deve ser feita no prazo de 15 dias destinado à sua manifestação sobre a contestação ou sobre essa alegação de ilegitimidade do réu".

37. Enunciado n. 42 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O dispositivo se aplica mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de terceiros, bem como aos juizados especiais cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo".

obrigatório na ação rescisória (art. 968, II, CPC); não apresentação da caução *pro expensis* prevista no art. 83 do CPC etc.

4.4.11. Indevida concessão do benefício da gratuidade concedido ao autor

Diferentemente do que acontecia ao tempo do CPC-1973, o requerimento de revogação da justiça gratuita concedida ao autor tem de ser apresentado pelo réu na própria contestação, e não em peça avulsa - inciso XIII do art. 337.

Se a gratuidade da justiça for concedida após a petição inicial, o pedido de revogação será formulado por petição simples, no prazo de quinze dias (art. 100, *caput*, CPC).

Da decisão que acolhe esse pedido de revogação da justiça gratuita, cabe agravo de instrumento (art. 101 e art. 1.015, V, CPC).

4.5. Defesas que têm de ser alegadas fora da contestação e que podem ser alegadas depois da contestação

Há, no entanto, defesas que a própria lei impõe sejam alegadas em peça distinta da contestação: arguição de impedimento ou suspeição do juiz, membro do Ministério Público ou auxiliar da justiça. Porque também pode ser oferecida pelo autor, essa defesa será examinada em capítulo próprio.

Há, também, defesas que podem ser alegadas após a apresentação da contestação (art. 342 do CPC):

I) que se refiram a *direito ou a fato superveniente*: se se trata de fato ou situação jurídica que surgiu após a apresentação da defesa, e que é relevante para o julgamento da causa, obviamente o réu poderá alegá-lo posteriormente à apresentação da contestação (inciso I do art. 342, em consonância com o art. 493 do CPC)[38];

II) objeções: se se trata de matéria que o magistrado possa conhecer *ex officio*, não haverá preclusão decorrente da não-dedução dela na peça principal de defesa (inciso II do art. 342). É o que acontece com a alegação de incompetência absoluta, por exemplo.

c) matérias que, por força de lei, podem ser deduzidas a qualquer tempo (art. 342, III, CPC): há, ainda, defesas que a lei autoriza sejam deduzidas a

38. Segundo Dinamarco, o art. 303, I, do CPC-1973, que corresponde ao art. 342, I, atual, autoriza que o réu alegue não só fatos ou situações jurídicas supervenientes, como também fatos já acontecidos à época da contestação, mas até então desconhecidos pelo réu (*Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 470.)

qualquer tempo, independentemente da circunstância de poderem ou não ser examinadas *ex officio*, como é o caso da decadência convencional (arts. 210-211 do Código Civil).

> A flexibilidade que a lei confere à regra da eventualidade, quando aplicada ao réu, não encontra precedente em favor do autor, limitado que está às regras de estabilização do processo prevista no art. 329 do CPC.[39]
>
> Assim, em homenagem ao princípio da isonomia processual, convém que o art. 493 do CPC, que cuida do fato superveniente relevante para o deslinde do feito, seja interpretado com certa elasticidade, para permitir, também e em certas circunstâncias, uma quebra da eficácia preclusiva da regra da eventualidade em favor do autor. O tema será examinado com mais vagar no v. 2 deste *Curso*, no capítulo dedicado à decisão judicial.

4.6. Crítica à interpretação literal do art. 337 do CPC. Quebra do dogma da primazia da defesa de admissibilidade sobre a defesa de mérito

O art. 337 do CPC determina que cabe ao réu, antes de discutir o mérito da causa, apresentar a sua defesa contra a admissibilidade do processo, apontando os vícios que porventura comprometam a validade do procedimento. Assim, as defesas do réu deveriam ser apresentadas em forma de *cumulação imprópria*: primeiro as defesas de admissibilidade e, em seguida, para o caso de não-acolhimento delas, as defesas de mérito.

A regra parte da premissa teórica da primazia das questões de admissibilidade em relação às questões de mérito. Nesse sentido, a análise daquelas deve preceder à análise dessas.

A previsão normativa merece uma aplicação não literal.

Primeiramente, é preciso compreender os requisitos de admissibilidade do processo como requisitos de validade. A falta de um requisito de validade somente pode gerar *inadmissibilidade* (invalidade do procedimento) se houver prejuízo ao interesse protegido pela exigência formal que foi desrespeitada. É por isso que o § 2º do art. 282 do CPC determina que "quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta". Regra semelhante decorre do art. 488 do CPC.

Como visto no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil brasileiro, há, no Direito brasileiro, o princípio da primazia da decisão de mérito – art. 4º, CPC.

39. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2004, p. 230.

A falta de um requisito de admissibilidade que visa proteger o réu pode ser ignorada, por exemplo, se o órgão julgador puder julgar improcedente a demanda. Aquela suposta primazia do juízo de admissibilidade não é, portanto, absoluta.

Em segundo lugar, é preciso notar que um julgamento de improcedência do pedido pode ser mais interessante ao réu do que uma extinção sem resolução do mérito.

Ora, se em relação ao objeto litigioso do processo, composto pelo conjunto das postulações de autor e réu, vigora no Direito brasileiro o princípio dispositivo, não parece possível, sob pena de ofensa à liberdade, impor-se ao demandado, sempre, a opção pela decisão terminativa em detrimento de uma decisão definitiva que lhe seja favorável. Cabe ao demandado proceder a essa escolha, assim como cabe ao demandante estabelecer a ordem de prioridade dos pedidos na cumulação subsidiária (art. 326 do CPC).

É claro que nem sempre isso será possível; por exemplo: se o juízo é incompetente, não será possível julgar improcedente o pedido. Mas se falta um requisito processual objetivo de validade (pagamento de custas ou escolha correta do procedimento), por que não permitir que o réu prefira a decisão de improcedência em vez da decisão sem resolução do mérito? É sempre muito difícil explicar porque o réu pretende, em primeiro lugar, a extinção sem exame de mérito, que permite a repropositura da demanda pelo autor, uma vez corrigido o defeito (art. 486, §1º, CPC), e, somente subsidiariamente, a improcedência do pedido, decisão que pode resolver o conflito definitivamente.

A questão tem alguma repercussão prática.

Como é sabido, se já houver resposta do réu, o autor somente pode desistir do processo com o consentimento do demandado. Afirma-se que, se o demandado pedir a extinção do processo sem resolução de mérito, não será possível negar consentimento à desistência, em razão da proibição de *venire contra factum proprium*. Se a extinção do processo sem análise do mérito é seu desejo, não pode o réu opor-se à eficácia da desistência do autor, que, enfim, é a concretização da vontade do demandado. Aplicado literalmente o art. 337, a defesa de admissibilidade do réu seria sempre prioritária em relação à defesa de mérito, impedindo, assim, que o réu se oponha à homologação da desistência. Caso o réu tivesse apresentando uma defesa de mérito como defesa principal, a ele seria lícito negar o consentimento à homologação da desistência, exatamente porque o seu principal objetivo é, em primeiro lugar, a obtenção de uma sentença desfavorável ao autor.

Reforça-se, aqui, o que se vem repetindo em textos e palestras: a primazia é do julgamento do mérito. A extinção sem resolução do mérito deve ser encarada como uma manifestação de *crise do processo*, conforme célebre pensamento doutrinário.

4.7. Ônus da impugnação especificada

4.7.1. Noção

Não se admite a formulação de *defesa genérica*.

O réu não pode apresentar a sua defesa com a negativa geral das alegações de fato apresentadas pelo autor (art. 341 do CPC); cabe ao réu impugná-las especificadamente, sob pena de a alegação não-impugnada ser havida como verdadeira. *Eis o ônus do réu de impugnar especificadamente as alegações do autor.*

Ao autor cabe formular sua demanda de modo claro e determinado (demanda obscura é inepta e o pedido genérico é apenas excepcionalmente admitido); idêntica razão impõe a regra que veda a contestação genérica. Prestigiam-se, assim, o princípio da cooperação (art. 6º, CPC) e, consequentemente, o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC).

Embora se trate de regra prevista para a contestação, aplica-se, por analogia, à réplica: cabe ao autor impugnar especificadamente os fatos novos suscitados pelo réu em sua defesa, sob pena de admissão e, portanto, de incontrovérsia do fato, cuja prova se dispensa (art. 374, III, CPC).

Também se aplica à regra aos recursos: cabe ao recorrente impugnar especificadamente a decisão recorrida, sob pena de não conhecimento do seu recurso.

4.7.2. Representantes judiciais que estão dispensados deste ônus (art. 341, par. ún., CPC)

Esse ônus não se aplica quando a defesa tiver sido apresentada por defensor público, advogado dativo ou curador especial (parágrafo único do art. 341).

Trata-se de regra que precisa de uma explicação mais minuciosa.

O curador especial e o advogado dativo (art. 5º, §§ 3º e 4º, Lei n. 1.060/1950)[40] estão dispensados de observar esse ônus ao elaborarem a defesa dos seus representados. Isso porque são representantes que assumem suas funções em situação que não lhes permite, no mais das vezes, ter acesso imediato ao réu, de quem poderiam extrair as informações indispensáveis para a elaboração de uma defesa específica.

Ambos aterrissam no processo de (sem?) "paraquedas". Nestas circunstâncias, justifica-se plenamente a não-incidência da regra de não impugnação especificada:

40. "§ 3º. Nos municípios em que não existem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado. § 4º. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo".

para que não tenham de mentir ou esforçar-se na criação de uma "estória do réu", autoriza-se que esses representantes formulem uma defesa genérica.

O defensor público também está livre desse ônus ao elaborar a contestação da pessoa que representa. *A regra não é boa*, pois, de tão geral, pode tornar-se fator de desequilíbrio processual injustificado e, por isso, inconstitucional. A dispensa somente se justificaria no caso de como advogado dativo ou curador especial, que é uma função institucional da Defensoria Pública (art. 4º, XVI, da Lei Complementar n. 80/1994). A incidência da regra deveria pressupor a dificuldade *concreta* de comunicação entre o representante judicial e o réu, que pode não existir na relação entre o defensor público e o cidadão carente.

A exceção, inclusive, parece não se compatibilizar com a Constituição, por violar o princípio da igualdade.

Perceba.

Caso representado por defensor público, o autor tem o ônus de formular pedido certo e determinado, sem qualquer ressalva legal que lhe retire do âmbito normativo da disciplina geral do pedido – somente poderia formular pedido genérico nos mesmos casos em que qualquer pessoa poderia; nesse mesmo processo, porém, caso representado também por defensor público, o réu não teria o ônus da impugnação especificada, podendo formular defesa genérica, pouco importa qual tenha sido o objeto da demanda.

De todo modo, parece que o legislador teria consagrado, aqui, uma presunção absoluta dessa dificuldade, a justificar a dispensa do ônus da impugnação especificada ao defensor público, em qualquer caso – é preciso esperar a posição dos tribunais sobre esse dispositivo, que *necessita* de uma interpretação conforme a Constituição.

> O CPC-1973 excepcionava também o Ministério Público. O CPC atual não repete a exceção. Agiu bem. A menção ao Ministério Público justificava-se, pois, ao tempo da promulgação do CPC (1973), a ele cabia, em certas situações, a defesa de pessoas em estado de hipossuficiência, atribuição semelhante à que hoje exerce a Defensoria Pública. O Ministério Público poderia promover a defesa do interditando, por exemplo (art. 1.182, § 1º, CPC-1973; art. 449 do Código Civil de 1916). O novo perfil constitucional do Ministério Público não é mais compatível com esse tipo de atuação: ao MP cabe a legitimidade para a defesa de interesses da coletividade. Se, porém, em alguma situação específica, relacionada a direito individual indisponível de incapaz (a única que se pode cogitar), o Ministério Público promover a defesa do réu, a regra de exceção ao ônus da impugnação especificada poderá incidir *por analogia*, desde que obviamente o Ministério Público não tenha acesso ao representado, situação fática indispensável para essa incidência.

> Observe-se, porém, o seguinte: a regra se aplicaria ao caso de o Ministério Público ser representante do réu (mesma condição do curador especial e do advogado dativo). Se o Ministério Público for réu (hipótese rara, mas plenamente possível; pense-se na ação rescisória contra sentença proferida em processo promovido pelo Ministério Público: ele será o réu) ou autor (no caso da réplica), terá de observar o ônus da impugnação especificada.

A Fazenda Pública submete-se ao ônus da impugnação especificada (neste sentido, STJ, 2ª T., REsp n. 635.996/SP, rel. Min. Castro Meira, j . em 06.12.2007, publicado no DJ de 17.12.2007). Não há razão para dispensar os advogados públicos desse ônus, até mesmo por uma questão ética: ao advogado particular cabe a tarefa de manifestar-se precisamente sobre o que afirma a parte adversária; o advogado público, qualificado após a aprovação em concursos públicos concorridíssimos, poderia, simplesmente, não manifestar-se sobre as afirmações da parte adversária, sem qualquer consequência... O papel do advogado na construção da decisão judicial justa não pode ser desprezado; a incidência da regra aos advogados dos entes públicos seria verdadeira *capitis deminutio* desses profissionais. Veja-se o exemplo da ação civil pública em que um ente público é réu: nessa situação, o interesse público está, preponderantemente, do lado ativo, não se admitindo a negação geral, conduta que se pode reputar temerária, quando provinda de ente público[41].

4.7.3. Afirmações de fato que, mesmo não impugnadas especificadamente, não serão havidas como verdadeiras

A não-impugnação especificada, em algumas situações, não produz o efeito de reputar-se verdadeira a afirmação de fato não impugnada.

Eis os casos:

I) se a respeito do fato não for admissível confissão, como nos casos relativos a direitos indisponíveis (arts. 341, I, e 392, CPC; art. 213, Código Civil);

II) se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato (art. 341, II, CPC; certidão do registro imobiliário, o testamento etc.):[42] se o ato só se prova por instrumento, a falta deste não pode ser suprida pela admissão da parte adversária;

---

41. Em sentido contrário, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 88, com a seguinte argumentação: "Além da indisponibilidade do direito e da inadmissibilidade da confissão, a não-sujeição da Fazenda Pública ao ônus da impugnação especificada dos fatos decorre da presunção de legitimidade dos atos administrativos".

42. Há instrumentos públicos e particulares que a lei considera como da substância do ato (p. ex., arts. 541, 997, 1.334, § 1º, 1.417, todos do Código Civil). Acertou o Código ao referir-se apenas a "instrumento", sem adjetivá-lo. A propósito, "O direito material pode prever como da substância de determinado negócio jurídico o instrumento particular. Se assim dispõe o direito material, não pode o preceito processual revogar o princípio, pois que ao

III) se os fatos não-impugnados estiverem em contradição com a defesa considerada em seu conjunto (art. 341, III, CPC): quando o réu contesta apenas alguns dos fatos alegados pelo autor, mas da impugnação destes decorre implicitamente a rejeição dos demais, por incompatibilidade lógica entre o que foi arguido e os fatos não apreciados pelo contestante.

O inciso III do art. 341 consagra regra de interpretação da contestação em consonância com o art. 112 do Código Civil, segundo o qual "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". A contestação é, também, uma declaração de vontade. É regra simétrica à que decorre do §2º do art. 322.

> Embora não possa ser presumido o fato relacionado a direito indisponível, a omissão do réu em impugná-lo pode ser levada em consideração pelo magistrado, como elemento de convencimento. Muito a propósito – e excelente como parâmetro interpretativo – o dispositivo do art. 361 do Código Civil português (eis a rubrica do artigo: "valor do reconhecimento não confessório"): "O reconhecimento de factos desfavoráveis, que não possa valer como confissão, vale como elemento probatório que o tribunal apreciará livremente".[43]

4.8. Forma e requisitos

Os requisitos da contestação são semelhantes aos da petição inicial: nome e prenome das partes (qualificação não é necessária, se corretamente já feita na inicial); endereçamento ao juízo da causa; documentos indispensáveis; requerimento de provas; dedução dos fatos e fundamentos jurídicos da defesa.

A contestação deve vir em forma escrita, excepcionada a hipóteses da contestação nos Juizados Especiais Cíveis, que pode ser feita pela forma oral.

4.9. Pedido do réu

Costuma-se dizer que o réu não pede, impede. De fato, em regra, a contestação não interfere no objeto litigioso do processo, ressalvados os casos em que se admite a formulação de pedido contraposto.

---

direito processual cabe dispor sobre prova, não sobre constituição de negócio jurídico de direito material. O negócio jurídico que exige o instrumento particular para sua constituição, inexistindo esse instrumento, é nulo, incapaz, consequentemente, de produzir os efeitos próprios do negócio; nesse caso, a falta de impugnação pelo réu, ou mesmo sua confissão, não suprem a inexistência do documento, segundo os princípios do direito material" (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 315).

43. Pires de Lima e Antunes Varela dão os seguintes exemplos em que pode ter lugar a aplicação deste art. 361 do Código Civil português: a) confissão feita por incapaz ou por quem não tenha poderes de disposição; b) fatos relativos a direitos indisponíveis; c) confissão de litisconsorte. (*Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 320.)

Não é bem assim.

O réu também pode demandar, embora com pedidos bastante peculiares. Pode pedir o réu, em sua peça de defesa: *a)* a extinção do processo sem exame do mérito; *b)* a remessa dos autos ao juízo competente ou ao juízo prevento; *c)* a devolução do prazo de defesa; *d)* a improcedência do pedido do autor; *e)* a condenação do autor às verbas da sucumbência; *f)* condenação do autor por litigância de má-fé; *g)* a sua pretensão dúplice nos casos de ação dúplice, como as ações meramente declaratórias.

Também há pedido quando o réu exerce um *contradireito*, como visto; nesse caro, há ampliação do objeto litigioso pelo réu.

4.10. Aditamento e indeferimento da contestação

A contestação pode ser *indeferida* e *aditada*.

A contestação pode ser indeferida se for intempestiva ou se, por exemplo, não ficar comprovada a regularidade da representação processual da parte (falta de documentos que comprovem a aptidão do sócio para atuar em nome da sociedade, p. ex.).[44]

Se o réu se apresenta sem advogado, não deve o juiz indeferir a contestação; deve nomear um advogado dativo, que pode ser um defensor público, para ratificar a peça de defesa. É que uma norma de proteção, como aquela que exige a capacidade postulatória, não pode ser utilizada contra o seu beneficiário. Não se pode *punir* um incapaz (decretando efeitos da revelia) exatamente por ele ser *incapaz*.

O raciocínio é o mesmo para o caso de contestação apresentada por *incapaz*, que constituiu advogado, mas não tem representante: deve o juiz nomear-lhe um curador especial, e não considerar o réu revel, aplicando-lhe os efeitos da revelia.

Sobre a contestação intempestiva, cumpre ainda advertir o seguinte:

a) se ela contiver a afirmação de defesas que podem ser alegadas após o prazo de contestação (art. 342, CPC), não poderá ser desentranhada;

b) se estiver acompanhada de documentos, embora a peça de defesa possa ser desentranhada, se for o caso, os documentos permanecem nos autos, pois, como se sabe, o réu revel tem o direito à produção de provas (art. 349, CPC; enunciado n. 231 da súmula da jurisprudência do STF: "O revel, em processo cível, pode produzir provas desde que compareça em tempo oportuno.").

44. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 309.

O *aditamento* da contestação somente é possível nas hipóteses que excepcionam a regra da eventualidade que preside o oferecimento da resposta do réu e que já foi examinada. Ou seja: pode-se aditar a contestação para acrescentar as defesas que podem ser alegadas após o prazo de resposta do réu e que estão previstas no art. 342, CPC, já examinado.

4.11. Interpretação

A contestação veicula declaração de vontade do réu. Como tal, deve ser interpretada. Aplicam-se à interpretação da contestação as mesmas regras de interpretação do pedido. Remete-se o leitor ao quanto se disse a respeito no capítulo sobre a petição inicial, neste volume do *Curso*.

5. RECONVENÇÃO

5.1. Noções gerais

A reconvenção é demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado. É o contra-ataque que enseja o processamento simultâneo da ação principal e da ação reconvencional, a fim de que o juiz resolva as duas lides na mesma sentença.

A reconvenção pode ser demanda de qualquer natureza: declaratória, condenatória ou constitutiva.

Trata-se de um incidente processual que amplia o objeto litigioso do processo. Não se trata de processo incidente: a reconvenção é demanda nova em processo já existente. Por isso que a decisão do magistrado que indefere a petição inicial da reconvenção não extingue o processo; é decisão interlocutória e, portanto, agravável.

Chama-se *reconvinte* o réu-demandante e *reconvindo* o autor-demandado. A intimação para a resposta (contestação) à reconvenção pode ser feita na pessoa do próprio advogado do autor, que recebe da lei esse poder, e o prazo é de quinze dias (art. 343, §1º, CPC). A resposta à reconvenção é ampla, podendo o reconvindo, inclusive, denunciar a lide ou proceder ao chamamento ao processo. Cogita-se até mesmo, embora mais no plano teórico, *reconvenção da reconvenção*, que não é vedada – salvo na ação monitória, em que há vedação expressa (art. 702, §6º, CPC).

Reconvenção e ação principal hão de ser julgadas na mesma sentença, embora sejam autônomas: não há obrigatoriedade de ambas terem seus respectivos méritos apreciados, pois pode o autor desistir da demanda principal ou ela não ser apreciada por algum defeito que comprometa a sua admissibilidade (art. 343, §2º, CPC). Agora, se houverem de ser julgadas, haverão de sê-lo na mesma

sentença. Essa autonomia justifica, inclusive, condenações independentes às verbas da sucumbência.

Contra decisão que indeferir liminarmente a petição inicial da reconvenção ou julgá-la liminarmente improcedente, cabe agravo de instrumento (art. 354, par. ún., e art. 1.015, II, CPC).

As regras sobre a petição inicial e o pedido aplicam-se à reconvenção.

5.2. Reconvenção e ampliação subjetiva do processo

Há uma questão que merece atenção especial: a reconvenção pode ser instrumento de ampliação subjetiva do processo? Por outras palavras: em razão da reconvenção, é possível que um novo sujeito passe a fazer parte do processo?

Admitindo a possibilidade de reconvenção subjetivamente ampliativa, Cândido Dinamarco: "Não há na lei, contudo, nem a boa razão, qualquer dispositivo ou motivo que impeça (a) reconvenção movida em litisconsórcio pelo réu e mais uma pessoa estranha ao processo (litisconsórcio ativo na reconvenção); reconvir ao autor e mais alguma pessoa estranha (litisconsórcio passivo na reconvenção). (...) Ao contrário, fortes razões existem para admitir essas variações, que alimentam a utilidade do processo como meio de acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva".[45]

Nesse mesmo sentido, Bondioli, ressalvando que "na situação de litisconsórcio facultativo, a demanda reconvencional subjetivamente ampliativa pode ser restringida sempre que, em última análise, a reconvenção ofertada trouxer mais perdas do que ganhos para as partes e o bom desempenho da atividade jurisdicional".[46]

Na jurisprudência, permanece o dissenso. Não admitindo reconvenção contra quem não é autor da demanda, STJ, 3ª T., REsp n. 45343/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 16.08.1994, publicado no DJ de 10.10.1994. Contudo, impende registrar a existência de julgado, no próprio STJ, mitigando esse entendimento, alertando que "é possível e até recomendável a ampliação subjetiva da relação processual, mediante reconvenção que traga sujeitos estranhos a ela, uma vez que tudo quanto for possível deve ser feito para extrair do processo o máximo de proveito útil. Todavia, essa ampliação subjetiva, em tese, e dependendo das peculiaridades de cada caso, só pode ocorrer ou quando o integrante novo trazido na contra-ação formar, com o autor da demanda inicial, um litisconsórcio necessário, ou quando os direitos ou as obrigações em causa derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito".[47]

---

45. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 506. Também aceita amplamente iniciativa deste tipo, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Átlas, 2011, p. 290-294.
46. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109-113.
47. STJ, 4ª T., REsp n. 147.944/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 18.12.1997, publicado no DJ de 16.03.1998.

O CPC cuidou do assunto expressamente.

Permite-se que a reconvenção tanto possa ser proposta pelo réu e um terceiro em litisconsórcio, como possa ser proposta pelo réu contra o autor e um terceiro (art. 343, §§3º e 4º, CPC).

Primeiro, vamos examinar a situação de a reconvenção ser proposta contra autor e um terceiro (art. 343, §3º, CPC). Trata-se de litisconsórcio passivo na reconvenção, que pressupõe, ao menos, a participação do autor – note que não é possível a propositura da reconvenção apenas contra o terceiro.

A primeira dúvida que nos vêm é a seguinte: a que tipo de litisconsórcio se refere esse dispositivo? Parece-nos que, no caso, o enunciado deve ser compreendido como inteiramente aplicável aos casos de litisconsórcio necessário (simples ou unitário) entre o autor reconvindo e um terceiro. Sua aplicabilidade ao litisconsórcio facultativo só se justifica quando se der, no mínimo, por conexão – senão decorrer de um caso de colegitimação (unitariedade). Explicamos.

No que se refere à formação de litisconsórcio *necessário*, será possível tanto no caso do unitário como no caso do simples (por força de lei). Um bom exemplo de aplicação do dispositivo é, exatamente, a reconvenção declaratória de usucapião, proposta contra o autor-reivindicante e terceiros (confinantes do imóvel usucapiendo e os citados por edital), em litisconsórcio simples.[48]

Se o litisconsórcio *passivo* é facultativo, não há razão para a inclusão do terceiro neste processo, tumultuando desnecessariamente o andamento da causa, senão quando autor reconvindo e o terceiro são colegitimados para tanto (ex.: solidariedade passiva) ou as demandas a eles relativas são conexas entre si. Até porque inadmitir a reconvenção e o litisconsórcio em casos tais, impondo o ajuizamento de ação autônoma contra o terceiro, terá o mesmo efeito prático, pois a conexão determinará que as demandas sejam reunidas para processamento e julgamento simultâneo perante aquele juízo já prevento. Um exemplo pode ser elucidativo: imagine-se que, firmado contrato entre A, B e C, A entra com ação contra B, formulando pedido de revisão de cláusulas contratuais a eles relativas, caso em que B poderia reconvir em face de A e C, com pedido de que sejam condenados no cumprimento das respectivas obrigações emanadas do mesmo contrato. O litisconsórcio entre A e C é por conexão, pois os pedidos que lhes são dirigidos decorrem de uma mesma relação contratual.[49]

O segundo problema é o da reconvenção proposta pelo réu e um terceiro contra o autor; cuida-se, pois, de litisconsórcio *ativo* na reconvenção (art. 343, §4º, CPC).

48. Esse foi, aliás, o entendimento consolidado no enunciado n. 45 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A reconvenção pode veicular pedido de declaração de usucapião, ampliando subjetivamente a relação processual, observando-se o artigo 259, I"

49. O exemplo é de Paula Sarno Braga.

Como não existe litisconsórcio necessário ativo, o caso sempre dirá respeito a um litisconsórcio facultativo. A questão, portanto, girará em torno de saber se o enunciado se refere a qualquer tipo de litisconsórcio facultativo (unitário ou simples).

Neste caso, a permissão é para a formação de um litisconsórcio facultativo unitário ativo na reconvenção – o que equivaleria à entrada voluntária de um terceiro colegitimado (ativo), que atuaria, a rigor, como assistente litisconsorcial do réu reconvinte.

Um litisconsórcio simples entre terceiro e réu, contra o autor, significaria que o terceiro estaria formulando uma demanda própria, distinta da demanda reconvencional proposta pelo réu, escolhendo, porém, o juízo perante o qual essa demanda seria processada – em mitigação ao princípio do juiz natural, que, no caso, não se justifica *a priori*. Isso sem falar do tumultuo desnecessário que se causaria ao trâmite do feito. Seria fenômeno que se assemelha à intervenção litisconsorcial voluntária (ver capítulo sobre intervenção de terceiros, neste volume do *Curso*) – e cuja constitucionalidade é questionada pelo citado comprometimento do princípio do juiz natural.

Se, porém, esse litisconsórcio, embora simples, veicular demandas que sejam conexas, a permitir a modificação da competência, não há problema em sua formação.

É que, proibido que fosse esse litisconsórcio, ao terceiro sobraria a possibilidade de propor essa demanda autonomamente, a qual, por ser conexa, seria reunida à demanda reconvencional anterior, perante o juízo da causa originária, que estaria prevento. Na verdade, porque a conexão colocada como pressuposto da reconvenção costuma ser com a ação originária, ela (a conexão), por si só, já contribui bastante para delimitar o cabimento da reconvenção subjetivamente ampliativa.

Assim, em qualquer caso, a reconvenção subjetivamente ampliativa será possível quando conduzir à formação de litisconsórcio ulterior por colegitimação (em regra, unitário) ou por conexão. Já o litisconsórcio por afinidade de questões (sempre simples), a princípio, só se vislumbra quando se tratar de litisconsórcio necessário (passivo) simples, cuja formação se dê por força de lei.

Mas a reconvenção será, em ambos os casos, instrumento que provoca a intervenção de terceiro(s) no processo. Em alguns casos, o ingresso do terceiro já se enquadra em tipos previstos em lei (como a assistência litisconsorcial e a citação de litisconsorte necessário passivo). Mas em outros, não, tal como o ingresso de terceiro como litisconsorte ulterior, no polo passivo ou ativo, simplesmente em razão da conexão. Seria uma intervenção litisconsorcial voluntária (no polo ativo) ou provocada (no polo passivo) por conexão, que, talvez, possa ser interpretada extensivamente e generalizada, para que seja admitida em outras situações.

5.3. Requisitos

Além dos pressupostos processuais exigidos em todas as demandas (requisitos da petição inicial, já examinados), deve o reconvinte obedecer aos seguintes requisitos.

5.3.1. Haja uma causa pendente

A reconvenção pressupõe a existência de uma causa já pendente; não existe reconvenção autônoma, que seria uma contradição em termos.

5.3.2. A observância do prazo de resposta

A reconvenção deve ser apresentada no mesmo prazo da contestação e na mesma peça em que ela é apresentada, sob pena de preclusão consumativa.

Os prazos especiais de defesa, já vistos, se estendem à reconvenção.

Reconvenção e contestação são apresentadas em única peça processual (art. 343, *caput*, CPC). Mas o réu pode reconvir independentemente de contestar, se esta for a sua vontade (art. 343, §6º, CPC).

5.3.3. Competência

O juízo da causa principal também deve ser competente para julgar a reconvenção: somente é possível ao réu reconvir se o juízo da causa principal, que tem competência funcional para julgar a reconvenção, tiver competência em razão da matéria e da pessoa para julgar a causa.

Aplica-se aqui por analogia o disposto no inciso II do § 1º do art. 327 do CPC, que cuida dos requisitos para a cumulação de pedidos.

Se o juízo não tiver competência para a reconvenção, indeferirá a sua petição inicial, não admitindo o seu processamento. A consequência da incompetência absoluta, neste caso, não pode ser a remessa dos autos ao juízo competente nem a extinção do processo. Somente é possível cogitar reconvenção se houver ação; assim, a reconvenção não poderia ser enviada a outro juízo distinto daquele onde tramita a demanda principal. Porque demanda incidente, o seu não-conhecimento não implica a extinção do processo, que prossegue para o exame da demanda principal.

5.3.4. Compatibilidade entre os procedimentos

O procedimento para a demanda reconvencional tem de ser compatível com o procedimento da causa principal, tendo em vista que ambas serão processadas conjuntamente.

Aplica-se aqui, por analogia, a regra do inciso III do § 1º do art. 327 do CPC, que impõe a compatibilidade de procedimento como requisito para a cumulação de pedidos.

Em procedimento especial, vale a regra de que, se se tratar de procedimento especial que se converte em ordinário após o prazo de defesa, cabe reconvenção. É por isso que cabe reconvenção em ação monitória (art. 702, §6º, CPC; enunciado n. 292 do STJ: "A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário").

5.3.5. Conexão

A reconvenção deve ser demanda conexa à ação principal ou a algum dos fundamentos da defesa (art. 343, *caput*).

Conforme lição de Barbosa Moreira,[50] a conexão aqui exigida *não é* a mesma conexão fato gerador de modificação de competência. Trata-se de vínculo mais singelo: basta que haja certa afinidade de questões, respeitados os demais requisitos aqui estudados, que a reconvenção será admissível.

5.3.6. Interesse processual

Quando o efeito prático almejado pela reconvenção puder ser alcançado com a simples contestação, como nos casos das ações dúplices, não se admite a reconvenção por falta de interesse processual.

Isso não quer dizer que em ações dúplices e em procedimentos que admitam pedido contraposto não seja possível a reconvenção: o que não se admite é a formulação, em reconvenção, de pretensão que na simples contestação ou pelo pedido contraposto possa ser feita.

As ações meramente declaratórias são ações dúplices. Assim, durante certo tempo, discutiu-se a possibilidade de reconvenção em tais ações. O STF editou o enunciado n. 258 da súmula da sua jurisprudência, em que admite a reconvenção em ação declaratória: "É admissível reconvenção em ação declaratória." Esse enunciado deve ser compreendido da seguinte forma: o réu não pode reconvir para pedir a negação do pedido do autor (inexistência ou existência da relação jurídica discutida),[51] em razão da falta de interesse, mas pode reconvir para formular outro tipo de pretensão.

50. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45. Mais amplamente, do mesmo autor, *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1978.

51. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45; ZAVASCKI, Teori Albino. "Executividade das sentenças de improcedência em ações declaratórias negativas". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 208, p. 19.

Também não é possível a reconvenção para a alegação de exceção substancial, que deve ser exercida como defesa. No caso da compensação, nada impede que o réu, em reconvenção, demande a diferença que lhe sobrar do encontro de contas (será, então, uma demanda reconvencional condenatória).

Muito a propósito, o enunciado n. 45 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse *nomen iuris*, ou dedução de um capítulo próprio. Contudo, o réu deve manifestar inequivocamente o pedido de tutela jurisdicional qualitativa ou quantitativamente maior que a simples improcedência da demanda inicial".

5.3.7. Cabimento

A reconvenção é cabível no procedimento comum. Mas há procedimentos em que se veda expressamente a reconvenção, como é o caso do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis (art. 31 da Lei n. 9.099/1995).

5.3.8. Despesas processuais

Por fim, duas observações sobre as despesas processuais na reconvenção: *i)* caberá à lei estadual definir se há ou não pagamento de custas processuais em razão da reconvenção. Na Justiça Federal, a reconvenção não se sujeita ao pagamento de custas (Lei n. 9.289/1996); *ii)* dispensa-se a caução às custas, na reconvenção (art. 83, §1º, III, CPC).

5.4. Reconvenção e substituição processual

Se o réu quiser reconvir em face do substituto processual, deverá fundar o seu pedido em pretensão que tenha em face do substituído, desde que para tal pretensão o substituto tenha legitimação extraordinária passiva. Trata-se de regra que decorre do §5º do art. 343, CPC[52].

Se o réu for o substituto processual, apenas poderá reconvir se a sua legitimação extraordinária o habilite à postulação:[53] é preciso que, na condição de substituto processual, afirme direito do substituído em face do autor.

52. Dispositivo que encampou lição antiga: "Se o substituto for autor, somente caberá reconvenção se o réu pretender postular direito que julgue ter contra o substituído, mas que pela sua natureza comporte também defesa pelo substituto". (FORNACIARI JR., Clito. *Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1983, p. 91.)

53. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 44.

5.5. Reconvenção e pedido contraposto

Reconvenção é demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado.

Há, no direito brasileiro, outra espécie de demanda do réu no mesmo processo, chamada de *pedido contraposto*. Há previsão de *pedido contraposto*, p. ex., nos Juizados Especiais Cíveis (art. 31 da Lei n. 9.099/1995), no procedimento da produção antecipada de prova (art. 382, §3º, CPC) e no procedimento das demandas possessórias (o pedido de indenização previsto no art. 556, CPC).

Pedido contraposto e reconvenção são demandas que podem ser formuladas pelo réu na mesma peça em que apresenta a sua defesa. Nesse ponto, não se distinguem.

No direito brasileiro, porém, o *pedido contraposto* apresenta-se como uma demanda mais simplificada do que a *reconvenção*. Uma é a sua característica peculiar: há restrição legal quanto à sua amplitude (nos Juizados Especiais, deve ficar restrito aos "fatos da causa"; nas possessórias, admite-se apenas o pedido de indenização).

A reconvenção, de seu lado, é demanda que pode ter variada natureza: pela lei, basta que seja conexa com a ação principal ou com os fundamentos de defesa (art. 343 do CPC). Não há qualquer outra restrição. Note que, em relação ao pedido contraposto, ou o legislador restringe a causa de pedir remota ("mesmos fatos da causa"), ou tipifica a pretensão que pode ser por ela veiculada ("pedido de indenização").

Enfim, *reconvenção* e *pedido contraposto* são espécies de um mesmo gênero: demanda do réu contra o autor. Distinguem-se pela amplitude da cognição judicial a que dão ensejo.

É preciso considerar, no entanto, que *reconvenção* e *pedido contraposto* são conceitos jurídico-positivos. Dependem, portanto, do exame do direito positivo. Podem variar no tempo e no espaço. Reconvenção pode ter significado diverso em outro país ou em outro momento histórico.

É inegável que há um acúmulo histórico sobre o que seja *reconvenção*. Pode-se afirmar que se trata de um conceito tradicional, muito bem compreendido e disseminado, ainda que jurídico-positivo. Assim, não convém alterá-lo desnecessariamente.

6. A REVELIA

6.1. Noção

A revelia é um ato-fato processual, consistente na não apresentação tempestiva da contestação (art. 344, CPC).

Trata-se de espécie de contumácia passiva, que se junta a outras como, por exemplo, a não-regularização da representação processual (art. 76, §1º, II, CPC). Há revelia quando o réu, citado, não aparece em juízo, apresentando a sua resposta, ou, comparecendo ao processo, também não apresenta a sua resposta tempestivamente.

Não se pode confundir a revelia, que é um ato-fato, com a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, que é um dos seus efeitos. A revelia não é um efeito jurídico; a revelia encontra-se no mundo dos fatos e é um *ato-fato* jurídico.

6.2. Efeitos

A revelia é ato-fato processual que produz os seguintes efeitos:

a) efeito material: presunção de veracidade das alegações de fato feitas pelo demandante (art. 344, CPC);

b) os prazos contra o réu revel que não tenha advogado fluem a partir da publicação da decisão (art. 346, CPC);

c) preclusão em desfavor do réu do poder de alegar algumas matérias de defesa (efeito processual, ressalvadas aquelas previstas no art. 342 do CPC);

d) possibilidade de julgamento antecipado do mérito da causa, caso se produza o efeito material da revelia (art. 355, II, CPC).

A eficácia da revelia é muito drástica[54] para o réu-revel. Por isso, o legislador, a doutrina e a jurisprudência criaram mecanismos para temperar tais efeitos, mitigando o rigor no tratamento do réu contumaz.

6.3. Mitigações à eficácia da revelia

6.3.1. A presunção de veracidade não é efeito necessário da revelia

É possível que haja revelia e não se presuma a ocorrência dos fatos deduzidos contra o revel.

---

54. Observações de ordem histórica de Calmon de Passos: "pela tradição do direito luso-brasileiro, não havia a confissão ficta para as hipóteses de revelia. O CPC/39 quis dar feições diversas ao instituto, prevendo a confissão ficta em seu art. 209; por força desta previsão, dizia-se estava quebrada a velha tradição romana, incorporada pelo direito luso-brasileiro, passando o revel a ser réu-confesso. À época, a doutrina já repelia a confissão ficta necessária. O atual CPC, na contramão da tradição, seguiu a linha germânica, adotando a confissão ficta. Segundo Calmon, o CPC catou o que de mais rigoroso havia com relação ao revel. O sistema germânico, do qual se retirou a confissão ficta, adota ao menos duas formas de atenuar os seus efeitos: exigência de intimação pessoal da sentença ao revel e existência de recurso especial pelo simples fato da revelia" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 336-342).

O art. 345 do CPC traz quatro situações em que a presunção de veracidade dos fatos afirmados, em razão da revelia, não se produz.

I) Se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação, não haverá presunção de veracidade quanto à alegação de fato que seja comum ao litisconsorte revel e àquele que contestou. Não incide, aqui, a regra da autonomia dos colitigantes. Trata-se de aplicação do inciso I do art. 345, que está em consonância com o art. 485, "a", do CPC português: "quando havendo vários réus, algum deles contestar, relativamente aos factos que o contestante impugnar".

Observe que o efeito somente é afastado em relação ao *fato comum contestado*; em relação aos fatos exclusivos do litisconsorte revel, a presunção de veracidade se aplica normalmente. A regra aplica-se ao litisconsórcio unitário ou simples.

II) Se o direito material em discussão indisponível (art. 345, II, CPC)[55].

Em verdade, é melhor entender como sendo direito sobre o qual a vontade das partes é ineficaz para produzir efeito jurídico que pela ação se pretende obter (art. 392, CPC; art. 213, Código Civil; CPC português, art. 485, "c").

Se a parte não pode confessar o fato afirmado pelo autor, a revelia não pode gerar uma confissão ficta, caso contrário seria fácil burlar a proibição de confissão. Aplica-se aqui tudo o quanto se disse em relação ao ônus da impugnação especificada (art. 341, I, CPC)

III) Se a inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere da substância do ato (art. 345, III, CPC). Aplica-se aqui tudo o quanto se disse em relação ao ônus da impugnação especificada (art. 341, II, CPC).

IV) O simples fato da revelia não pode tornar verossímil o absurdo: se não houver o mínimo de verossimilhança na postulação do autor, não será a revelia que lhe conferirá a plausibilidade que não possui. Se a postulação do autor não vier acompanhada do mínimo de prova que a lastreie, não se poderá dispensar o autor de provar o que alega pelo simples fato da revelia. A revelia não é fato com dons mágicos. É isso o que determina o inciso IV do art. 345, CPC.

Mas não é só.

Há outras situações em que a lei retira da revelia a aptidão de produzir confissão ficta:

55. No REsp n. 1.084.745/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 06.11.2012, a 4ª Turma do STJ entendeu o efeito material da revelia aplica-se à Fazenda Pública, nos casos em que se discuta relação jurídica de direito privado – ou seja, quando a relação jurídica discutida não é genuinamente uma relação de direito administrativo (no caso do precedente, era uma locação de bens móveis).

a) quando a citação houver sido ficta (por edital ou com hora certa) ou o réu revel estiver preso, pois o curador especial, nesses casos, haverá de promover a defesa do réu revel: art. 72, II, c/c art. 341, par. ún. (CPC Português, art. 485, "b", fine);

b) quando terceiro houver ingressado no processo como assistente do revel, hipótese em que será considerado seu substituto processual (art. 121, parágrafo único, CPC).

> Há um julgado-síntese do STJ a respeito, que consolida muito do que se disse nesse capítulo – é preciso observar, apenas, que se trata de precedente construído na vigência do CPC-1973, em que a reconvenção deveria vir em peça distinta da contestação: ainda que não ofertada contestação em peça autônoma, a apresentação de reconvenção na qual o réu efetivamente impugne o pedido do autor pode afastar a presunção de veracidade decorrente da revelia (art. 302 do CPC-1973)[56].
>
> A jurisprudência do STJ encontra-se consolidada no sentido de que a revelia, decorrente da não apresentação de contestação, enseja apenas presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na inicial pelo autor da ação, podendo ser infirmada pelos demais elementos dos autos, motivo pelo qual não acarreta a procedência automática dos pedidos iniciais.

6.3.2. Revelia não implica necessariamente vitória do autor

A revelia não significa automática vitória do autor, pois os fatos podem não se subsumir à regra de direito invocada. Ao réu revel é permitido, sem impugnar os fatos, tratar, apenas, do direito.

A presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, principal efeito da revelia, não equivale ao reconhecimento da procedência do pedido. Como qualquer presunção, incide apenas sobre os fatos afirmados pelo demandante.

6.3.3. Matérias que podem ser alegadas após o prazo de defesa

Conforme foi visto, há inúmeras matérias que podem ser deduzidas pelo réu após o prazo de apresentação da sua resposta (art. 342 do CPC). A revelia é, em relação a elas, totalmente ineficaz, pois não impede que o réu as deduza posteriormente.

---

56. Correspondente ao art. 341 do CPC atual.

6.3.4. Proibição de alteração de pedido ou da causa de pedir (art. 329, II, CPC)

O autor, mesmo diante da revelia, não poderá aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze dias (art. 329, II, CPC).

6.3.5. Intervenção do réu revel

O réu revel pode intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar (art. 346, par. ún. CPC), passando, a partir daí, a ser intimado dos atos que forem praticados no processo. Poderá, inclusive, produzir provas (art. 349, CPC; enunciado nº 231da súmula do STF).

Se o réu apresentar contestação intempestiva, o máximo que lhe pode acontecer é a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor: é que, estando nos autos, não poderá o réu deixar de ser intimado dos demais atos processuais.

> Calmon de Passos defende, inclusive, a intimação da sentença ao réu revel.[57] O STJ entendeu que o prazo de apelação para o réu revel corre independentemente da sua intimação: "O *dies a quo* para o revel interpor recurso será o da publicação da sentença em cartório. Assim, mesmo se a sentença não for proferida em audiência e tiver sua publicação na imprensa oficial para a parte regularmente representada nos autos, o prazo para o revel recorrer se inicia com sua publicação em cartório" (EREsp 318.242-SP, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 17.11.2004)[58].

6.3.6. Necessidade de intimação do réu revel que tenha advogado constituído nos autos

O legislador abrandou um efeito processual da revelia (prosseguimento do processo sem intimação do réu revel).

De acordo com a redação do art. 346 do CPC, o réu revel que tenha patrono nos autos deverá ser intimado dos atos processuais. Somente ao réu revel que não tenha patrono nos autos se aplica o efeito da revelia de dispensa de intimação dos atos processuais.

De fato.

---

57. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 419.
58. No mesmo sentido, STJ, 4ª T., AgRg no AREsp n. 148.604/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 09.10.2012, publicado no DJe de 16.10.2012.

Citado, o réu pode: a) aparecer e responder; b) aparecer e não responder; c) nem aparecer. Se ele aparece – seu advogado comparece e faz carga dos autos para apresentar defesa –, mas não responde ("b"), é revel, embora esteja presente no processo (não é tão "rebelde") e deve ser intimado dos atos processuais ulteriores.

É o que acontece, também, na revelia do autor-reconvindo: embora revel, o autor está presente nos autos e, portanto, deve ser intimado dos demais atos do processo, não se lhe aplicando o efeito processual da revelia.

A regra é boa, porque reafirma a necessidade de aprimorar a garantia do contraditório e protege o réu-revel que compareceu aos autos.

6.3.7. Possibilidade de ação rescisória por erro de fato

O art. 966, VII, CPC, permite a ação rescisória de sentença com base em erro de fato. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato (§ 1º do art. 966).

A incontrovérsia dos fatos ocorre, muita vez, em razão da revelia. Assim, é possível ao réu-revel ajuizar ação rescisória por erro de fato, se a sentença considerar existente fato que não ocorreu ou inexistente fato que tenha ocorrido.

6.3.8. Querela nullitatis

Outro instrumento de proteção ao réu-revel é a possibilidade de impugnar, a qualquer tempo, sentença que tenha sido proferida em seu desfavor, sem que tenha sido citado ou tendo havido citação inválida (art. 525, §1º, I, e art. 535, I, CPC). Trata-se da *querela nullitatis*, ação autônoma de impugnação de sentença nula, *mencionada* nos capítulos sobre invalidades processuais e citação (neste volume) e *examinada* com mais vagar em capítulo próprio no v. 3 deste *Curso*.

6.3.9. Impedimento à extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental

Se houver revelia, não se poderá estender a coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental (art. 503, §1º, II, CPC).

Há, aqui, óbvia regra de proteção do revel: entende-se que, com a revelia, não há contraditório suficiente para a extensão da coisa julgada à resolução de questão que não seja a principal. Sobre o assunto, remete-se o leitor ao capítulo sobre coisa julgada, no v. 2 deste *Curso*.

6.4. Revelia na reconvenção

A revelia na reconvenção é, normalmente, tratada pelos autores como sendo indistinta da revelia comum.

Convém lembrar, porém, que a reconvenção é a ação do réu contra o autor, no mesmo processo.

Disso decorre que se o autor-reconvindo for revel na reconvenção, mas a reconvenção for conexa à ação principal, de molde a que o julgamento de ambas passe pela apreciação da existência de fatos comuns, o juiz, pela regra da comunhão da prova (art. 371, CPC), não poderá presumir existentes, para fins da reconvenção, fatos que foram considerados não-ocorridos por conta da instrução probatória ocorrida na ação originária.

CAPÍTULO 20

Arguição de impedimento ou suspeição

Sumário • 1. Generalidades – 2. Hipóteses de impedimento – 3. Hipóteses de suspeição – 4. Suspensão do processo – 5. Procedimento, decisão e recursos – 6. Eficácia externa da decisão sobre a suspeição e o impedimento – 7. Arguição de impedimento ou suspeição do tribunal ou da maioria absoluta do tribunal – 8. Impedimento ou suspeição provocados. Imparcialidade aceita e abuso do direito.

1. GENERALIDADES

O incidente de arguição de impedimento ou suspeição é a forma estabelecida em lei para afastar o juiz da causa, por lhe faltar imparcialidade, que é pressuposto processual subjetivo referente ao juiz. Enquanto a alegação de incompetência se refere ao juízo, o impedimento e a suspeição se referem à pessoa do juiz, que, neste incidente, é parte (ele é réu do incidente).

> Também é possível arguir a suspeição e o impedimento de membro do Ministério Público, de auxiliar da justiça ou de outro sujeito imparcial do processo (art. 148, CPC). No tribunal, a arguição de impedimento ou suspeição, nesses casos, será regulada pelo regimento interno (art. 148, §3º, CPC).
>
> A arguição de suspeição ou impedimento de testemunha dá-se de forma especial, pelo incidente da contradita, regulado pelo §1º do art. 457 do CPC – daí a ressalva prevista no §4º do art. 148.
>
> O enunciado n. 234 do STJ aplica-se, por analogia, ao Ministério Público autor, no processo civil: "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia". Isso significa que, atuando o membro do Ministério Público em inquérito civil, não há impedimento para ser ele o autor da ação civil pública, por exemplo.

A imparcialidade do julgador é requisito processual de validade; portanto, o ato do juiz parcial é ato que pode ser invalidado.

Há dois graus de parcialidade: o impedimento e a suspeição. A parcialidade é vício que não gera a extinção do processo: verificado o impedimento ou a suspeição do juiz, o processo deve ser encaminhado ao seu substituto legal. Os atos decisórios praticados devem ser invalidados, no caso de suspeição ou de impedimento (art. 146, §7º, CPC)[1].

1. O dispositivo resolve antiga polêmica. Havia quem entendesse como invalidável a decisão apenas no caso de impedimento. Não era essa a melhor interpretação. Havia dispositivos normativos fora do CPC/1973 que apontavam para a solução encampada pelo CPC atual. O art. 285 do Regimento Interno do STF: "Afirmada a suspeição pelo arguido, ou declarada pelo Tribunal, ter-se-ão por nulos os atos por ele praticados". Os arts. 279 e 280 do Regimento Interno

As hipóteses de impedimento (art. 144 do CPC) dão ensejo à nulidade do ato, pois há uma presunção legal absoluta de que o magistrado não tem condições subjetivas para atuar com imparcialidade. É vício que pode ser alegado a qualquer tempo e grau de jurisdição (à arguição de impedimento não se aplica o prazo de quinze dias previsto no art. 146 do CPC), além de poder ser reconhecido *ex officio* pelo magistrado. O vício é tão grave que admite, inclusive, futura ação rescisória (art. 966, II, do CPC), pois se entende que a condução de todo o procedimento fica comprometida.

As hipóteses de suspeição (art. 145 do CPC) também dão azo à invalidade do ato processual praticado pelo magistrado. Sucede que, neste caso, embora o magistrado possa reconhecer-se suspeito (art. 145, §1º, do CPC), a parte tem prazo *preclusivo* para arguir a suspeição (quinze dias) e pedir a nulificação do ato. É que não se trata de uma presunção absoluta de parcialidade; ao contrário, por ser menos grave, sequer autoriza ajuizamento de futura ação rescisória.[2]

> "Quem está sob suspeição está em situação de dúvida quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função".[3]

2. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO

As hipóteses de impedimento são, como se disse, presunções legais de parcialidade. São situações que apontam, clara e objetivamente, a parcialidade do julgador.

Estão previstas no art. 144 do CPC. O juiz está proibido de atuar no processo:

I – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha: alguém que foi advogado, membro do Ministério Público, perito ou fonte de prova está proibido de atuar na causa como juiz;

II – de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão: se o juiz decidiu a causa em primeira instância, não pode participar do julgamento de um recurso, no mesmo processo em que atuara;

---

do Superior Tribunal de Justiça: "Art. 279. Reconhecida a procedência da suspeição, se haverá por nulo o que tiver sido processado perante o Ministro recusado, após o fato que ocasionou a suspeição. Caso contrário, o arguente será condenado ao pagamento das custas. Art. 280. Afirmados o impedimento ou a suspeição pelo arguido, ter-se-ão por nulos os atos por ele praticados". O art. 101 do Código de Processo Penal: "Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável...". Assim, também, LIMA, Tiago Asfor Rocha. "Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 108.

2. A suspeição, como se disse, implica a nulidade do ato decisório já praticado, daí porque não pode ser excluída do exame da validade de uma decisão judicial ou do procedimento. Acontece, apenas, que haverá preclusão do direito processual da parte de alegá-la, após o prazo de quinze dias contados da data do fato, mas nada impede que o magistrado, de ofício, reconheça a sua suspeição.

3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 2, p. 420.

III – quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive: juiz não pode atuar, nessas situações, similares àquela da primeira parte do inciso I.

Cabe, porém, mencionar as duas regras complementares decorrentes dos §§1º e 3º do art. 144.

"§ 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o advogado, defensor público ou membro do Ministério Público já integrava a causa antes do início da atividade judicante do juiz". Isso porque, sendo superveniente a atuação do cônjuge, companheiro ou parente, o caso pode redundar em *impedimento provocado*, regulado pelo §2º do art. 144 e examinado em item à frente.

"§ 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo". A regra visa evitar a burla ao impedimento: não se constitui expressamente o parente do juiz como advogado, mas se contrata o escritório de que esse parente faz parte.

IV – quando for parte no feito ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive: a razão é óbvia: o juiz não pode julgar a si mesmo, muito menos seu cônjuge, companheiro ou parente. A regra protege também o juiz, que pode não concordar com a tese defendida pelo ente familiar, mas estará liberado (porque impedido) de expor essa conclusão.

V – quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte na causa: a situação é similar à do inciso IV. Se é sócio da parte, está tão comprometido quanto se fosse parte. Do mesmo modo, sendo membro de direção ou de administração da pessoa jurídica: embora não seja sócio, possivelmente são atos seus os que estão sendo discutidos em juízo.

A regra não se aplica no caso de o juiz ser mero acionista de uma sociedade anônima, sem qualquer poder de gestão ou sem maior participação societária. Não é temerário dizer que muito possivelmente significativa parcela dos juízes brasileiros adquiriu ações de sociedades empresárias como bancos, Petrobrás ou Vale do Rio Doce. É exagero considerá-lo impedido em tais situações.

VI – quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; juiz que seja donatário ou possível herdeiro de uma das partes, ou seu empregador, também está impedido de atuar. O caso poderia ajustar-se melhor às hipóteses de suspeição, mas o legislador houve por bem presumir de modo absoluto a parcialidade em tais situações.

VII – em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços: juiz que é empregado da parte – e isso somente pode acontecer no caso de juiz-professor – ou presta serviços como professor a ela é juiz impedido. A regra é boa e impede que o juiz se veja na complicada situação de ter de julgar seu empregador ou tomador de serviços.

VIII – em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório.

Essa é a regra de impedimento mais rigorosa, embora compreensível.

Se a parte é cliente da sociedade de advogados de que faça parte, como sócio, o cônjuge, companheiro ou parente do juiz, há impedimento, que ocorre mesmo se o advogado cônjuge, companheiro ou parente não estiver atuando naquele determinado processo.

A regra aplica-se mesmo se a parte estiver sendo representada, no caso concreto, por outro escritório.

IX – quando promover ação contra a parte ou seu advogado: se o juiz é parte, em outro processo, e tem como adversário a parte do processo que está sob sua condução ou o advogado dessa parte, está impedido. O caso poderia ajustar-se melhor às hipóteses de suspeição, mas o legislador houve por bem presumir a parcialidade em tais situações.

A regra impede que o juiz, que tenha proposto, na condição de consumidor, ação contra um banco ou uma concessionária de serviço público, processe e julgue causa de que seja parte um desses entes.

Finalmente, convém reproduzir o art. 147 do CPC: "Quando 2 (dois) ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, o primeiro que conhecer do processo impede que o outro nele atue, caso em que o segundo se escusará, remetendo os autos ao seu substituto legal".

3. HIPÓTESES DE SUSPEIÇÃO

As hipóteses de suspeição são, como se disse, indícios de parcialidade. São hipóteses construídas, muita vez, com base em conceitos jurídicos indeterminados ("amigo íntimo", "inimigo").

A razão de uso de uma enumeração construída com termos mais vagos é clara: não há como imaginar todas as situações possíveis de suspeição, mas não se pode tolerar, pelo princípio do juiz natural, que um juiz suspeito julgue a causa.

Isso autoriza que se dê certa *elasticidade* a essas hipóteses, que devem abranger *todos os casos em que o juiz não tenha condições de imparcialidade (distanciamento, equilíbrio, equidistância) para julgar a causa.*

Embora em julgamento de *habeas corpus* e com referências ao Código de Processo Penal e ao CPC-1973, esse precedente é bem interessante e útil, sobretudo porque o inciso V do art. 135 do CPC-1973 é idêntico ao inciso IV do art. 145 do CPC atual: STJ, 5ª T., HC n. 146.796/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 04.03.2010, publicado no DJe de 08.03.2010: "1. Se é certo que o impedimento diz da relação entre o julgador e o objeto da lide (causa objetiva), não menos correto é afirmar que a suspeição o vincula a uma das partes (causa subjetiva). 2. Tanto o impedimento quanto a suspeição buscam garantir a imparcialidade do Magistrado, condição *sine qua non* do devido processo legal, porém, diferentemente do primeiro, cujas hipóteses podem ser facilmente pré-definidas, seria difícil, quiçá impossível, ao legislador ordinário prever todas as possibilidades de vínculos subjetivos (juiz e partes) susceptíveis de comprometer a sua imparcialidade. 3. Para atender ao real objetivo do instituto da suspeição, o rol de hipóteses do art. 254 do CPP não deve, absolutamente, ser havido como exaustivo. É necessária certa e razoável mitigação, passível de aplicação, também e em princípio, da cláusula aberta de suspeição inscrita no art. 135, V, do CPC c/c 3º do CPP".

Não é essa, porém, a orientação que prevalece no STJ, que tem optado por interpretar restritivamente as hipóteses de suspeição: STJ, 2ª T., Resp n. 1.425.791/MT, rel. Min. Herman Benjamim, j. em 11.03.2014, publicado no DJe de 19.03.2014; STJ, 4ª T., AgRg no Ag n. 1.422.408/AM, rel. Mina. Isabel Gallotti, j. em 05.02.2013, publicado no DJe de 21.02.2013.

O juiz pode declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declinar suas razões (art. 145, §1º, CPC). Trata-se de direito do juiz, corolário da proteção de sua intimidade.

É certo que essa regra pode dar ensejo a abusos.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 82/2009, com o propósito de coibir essa prática. Eis o texto:

"CONSIDERANDO que durante Inspeções realizadas pela Corregedoria Nacional de Justiça foi constatado um elevado número de declarações de suspeição por motivo de foro íntimo;

CONSIDERANDO que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CF);

CONSIDERANDO que é dever do magistrado cumprir com exatidão as disposições legais (art. 35, I, da LC 35/1979), obrigação cujo observância somente pode ser aferida se conhecidas as razões da decisão;

CONSIDERANDO que no julgamento do relatório da Inspeção realizada no Poder Judiciário Estadual do Amazonas foi aprovada a proposta de edição de Resolução, pelo Conselho Nacional de Justiça, para que a as razões da suspeição por motivo íntimo, declarada pelo magistrado de primeiro e de segundo grau, e que não serão mencionadas nos autos,

sejam imediatamente remetidas pelo magistrado, em caráter sigiloso, para conhecimento pelo Tribunal ao qual está vinculado;

CONSIDERANDO que a sistemática de controle é adotada, com êxito, há vários anos, por alguns Tribunais do País.

RESOLVE:

Art. 1º No caso de suspeição por motivo íntimo, o magistrado de primeiro grau fará essa afirmação nos autos e, em ofício reservado, imediatamente exporá as razões desse ato à Corregedoria local ou a órgão diverso designado pelo seu Tribunal.

Art. 2º No caso de suspeição por motivo íntimo, o magistrado de segundo grau fará essa afirmação nos autos e, em ofício reservado, imediatamente exporá as razões desse ato à Corregedoria Nacional de Justiça.

Art. 3º O órgão destinatário das informações manterá as razões em pasta própria, de forma a que o sigilo seja preservado, sem prejuízo do acesso às afirmações para fins correcionais.

Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação".

A Resolução criou uma espécie de *confessionário*, realmente. A inconstitucionalidade desse ato normativo parece clara.

No Mandado de Segurança Coletivo n. 28.215/2009, impetrado por entidades associativas nacionais da magistratura, o Min. Ayres Brito, relator, concedeu liminar para suspensão dos efeitos dessa Resolução. Há, ainda, pendente, a ADI n. 4.260 contra essa mesma resolução, em que não houve a concessão da liminar.

De acordo com o art. 145 do CPC, há suspeição do juiz:

I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados. Há, aqui, uma novidade do novo CPC em relação ao Direito anterior: há suspeição quando a inimizade ou a amizade se refira ao advogado da parte.

II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou subministrar meios para atender às despesas do litígio.

Não se considera suspeito o juiz, com base nesse artigo, que, na qualidade de doutrinador ou professor, manifesta-se em tese sobre questão jurídica, sem referência a uma situação concreta[4].

III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive.

IV – interessado no julgamento de causa em favor de qualquer das partes.

4. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2008, p. 182.

4. SUSPENSÃO DO PROCESSO

A arguição de impedimento ou suspeição do juiz ou do órgão colegiado é causa de suspensão do processo (art. 313, III, CPC).

Esse incidente é sempre da competência de um tribunal; assim, será distribuído a um relator, que deverá declarar os efeitos em que recebe o incidente. Se for recebido sem efeito suspensivo, o processo voltará a correr; se com efeito suspensivo, permanecerá suspenso o processo até o julgamento do incidente (art. 146, §2º, CPC). Enquanto não for declarado o efeito em que é recebido o incidente ou quando este for recebido com efeito suspensivo, a tutela de urgência será requerida ao substituto legal do juiz tido como parcial (art. 146, §3º, CPC).

Registre-se, de logo, que a alegação de impedimento/suspeição de membro do Ministério Público ou de auxiliar da justiça *não* suspende a marcha processual, de acordo com o § 1º do art. 148 do CPC.

5. PROCEDIMENTO, DECISÃO E RECURSOS

A arguição de impedimento ou suspeição pode ser formulada por qualquer das partes, em petição específica dirigida ao juiz da causa, na qual indicará os fundamentos da recusa e que será instruída com documentos e, se for o caso, o rol de testemunhas (art. 146, *caput*, CPC).

> *Exceção de suspeição é poder especial do advogado?* Há intensa controvérsia. Entende-se que não, pois o elenco de poderes especiais estaria estabelecido no art. 105, CPC.[5] Neste sentido, STJ, 3ª. T., REsp n. 173.390/MT, rel. Min. Nilson Naves, j. 18.03.1999, DJ de 31.05.1999. Em sentido contrário: STJ, 6ª. T., HC 21.792/SP, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 25.03.2003, DJ de 05.05.2003. STJ, 2ª T., REsp n. 1.233.727/SP, Rel. Min. Mauro Campbell, j. em 05.04.2011, publicado no DJe de 05.05.2011; STJ, 4ª T., AgRg no Ag n. 851.750/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 11.05.2010, publicado no DJe de 24.05.2010; STJ, 2ª T., REsp n. 595.522/DF, Rel. Min. Castro Meira, j. em 18.10.2005, publicado no DJ de 07.11.2005, p. 196.
>
> É aconselhável que o advogado peça procuração com poder específico de arguir a suspeição do magistrado, pois, além de consequências criminais que podem advir de tal conduta em desfavor da parte, quem julgará a causa, se a arguição for rejeitada, é o mesmo juiz anteriormente acusado de estar peitado.

É possível que o autor já alegue a suspeição ou o impedimento do juiz concomitantemente ao ajuizamento da demanda. Isso ocorre quando só houver um juiz para julgar a causa, fato muito comum em comarcas menores. Se houver mais de

5. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 331.

um juízo abstratamente competente para conhecer da causa, o autor terá quinze dias contados da distribuição para arguir a suspeição ou o impedimento. Se o motivo de suspeição ou o impedimento já for conhecido, o réu terá o prazo de quinze dias para arguir tais questões. Se a parcialidade se der por fato superveniente, autor e réu terão, igualmente, prazo de quinze dias para suscitar a questão, lembrando que, em se tratando de impedimento, esse prazo é irrelevante.

É possível que o réu ofereça arguição de impedimento ou suspeição sem contestação, pois a lei não exige a interposição simultânea. Oferecida somente a arguição de parcialidade, não poderá o réu oferecer contestação, em razão da suspensão do processo. Como ocorre a suspensão, o prazo de defesa será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação, se é que faltava algo. O réu pode, por exemplo, arguir o impedimento no décimo dia (dos quinze dias de prazo para a contestação); como a arguição suspende o processo, ficará suspenso o prazo para a apresentação da contestação, que voltará a fluir se o efeito suspensivo for retirado (art. 146, §2º, CPC) ou após a decisão do incidente.

> Há prazos dobrados para falar nos autos: Ministério Público (art. 180, CPC), ente público (art. 183, CPC), réu representado judicialmente por defensor público ou advogado de Núcleo de Prática Jurídica (art. 186, CPC) ou litisconsorte com advogado diferente do outro litisconsorte (art. 229, CPC). Em todos esses casos, o prazo para suscitar o incidente é de trinta dias.

Se a suspeição ou o impedimento forem verificados após a prolação da sentença, a arguição de tais defeitos pode ser feita no bojo da apelação, como matéria preliminar,[6] se o órgão do tribunal competente para apreciar essa arguição for o mesmo que tiver a competência para julgar a apelação. Se as competências forem diversas, haverão de ser feitas duas peças, a apelação e o instrumento de arguição da parcialidade; os autos serão enviados, primeiramente, ao órgão competente para a solução da questão sobre a parcialidade do juiz para, após, a depender do resultado, ser enviados ao órgão fracionário do tribunal competente para o julgamento da apelação, ou ser remetidos de volta à primeira instância, para que o juiz substituto profira nova decisão, caso reconhecida a suspeição ou o impedimento do magistrado que proferira a primeira sentença. Cumpre lembrar, porém, que, em qualquer dos casos, o magistrado, após receber a apelação, terá a oportunidade de oferecer a sua defesa[7].

---

6. STJ, 5ª. T., REsp n. 236.138/MS, rel. Min. Edson Vidigal, j. 04.04.2000, publicado no DJ de 08.05.2000. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery também consideram que a alegação dos defeitos após a sentença se faça em apelação, que terá o objetivo de invalidar a decisão proferida (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*. 8ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 767).
7. NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*. 8ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 767.

O juiz acusado de suspeito ou impedido receberá a petição do incidente.

Acolhendo a alegação, remeterá os autos ao juiz substituto; caso não a acolha, determinará a autuação apartada da alegação e, em quinze dias, apresentará as suas razões, acompanhadas de documentos que reputar convenientes e o rol de testemunhas para provar o que alega; em seguida, ordenará a remessa do incidente ao tribunal (art. 146, §1º, CPC).

Note que o magistrado tem capacidade postulatória para fazer a sua defesa no incidente, não precisando de advogado.[8] Para Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, essa capacidade postulatória do magistrado o habilita, inclusive, a subscrever recursos para o STJ e STF, caso seja derrotado no julgamento da exceção, sem a necessidade de representação judicial por advogado. Não se encampa esse último posicionamento, pela falta de amparo legal, tendo em vista que a capacidade concedida ao magistrado foi apenas a de elaborar a sua defesa.

A outra parte não é ouvida; ela não participa desse incidente.[9]

Se a arguição for acolhida, o tribunal:

a) fixará o momento a partir do qual o juiz atuou com parcialidade – o termo da suspeição ou impedimento (art. 146, §6º, CPC);

b) decretará a invalidade dos atos do juiz, se praticados quando já presente o motivo de impedimento ou suspeição – enfim, se praticados dentro do *termo da suspeição ou impedimento* (art. 146, §7º, CPC);

c) no caso de acolhimento da alegação de impedimento ou de manifesta suspeição, condenará o juiz ao pagamento das custas processuais; o juiz poderá recorrer dessa decisão (art. 146, §5º, CPC).

d) remeterá os autos ao substituto legal (art. 146, §5º, CPC).

Do acórdão que julgar o incidente, somente são cabíveis os recursos extraordinários (especial para o STJ ou extraordinário para o STF). Não cabe recurso ordinário

8. NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*. 8ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 772. Araken de Assis, defendendo a legitimidade recursal do juiz, nestas situações, a enquadra na categoria terceiro interessado (ASSIS, Araken de. "Condições de admissibilidade dos recursos cíveis". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 27). Discordamos na medida em que se não pode considerar como terceiro quem, inclusive, apresentou as razões para não ter reconhecido, antes, a sua incompatibilidade subjetiva (art. 313, CPC). Trata-se de legitimação recursal na qualidade de parte do incidente.

9. Em sentido semelhante, o STJ, ao criticar decisão que admitiu o adversário do excipiente como assistente simples, por entender que somente "aquele de quem se poderia exigir isenção e imparcialidade pode ser apontado como suspeito e, assim, tem legitimidade para reconhecer ou refutar as alegações, considerando as hipóteses de suspeição previstas no art. 135 do CPC." Além do mais, mesmo que se tenha admitido a sua intervenção como assistente simples, não se poderá reconhecer a incidência do art. 191 do CPC. (STJ, 4ª T., REsp n. 909.940-ES, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 17.9.2013, publicado no informativo 528).

constitucional, que somente é pertinente em mandado de segurança de competência originária de tribunais. Precisam ser preenchidos, obviamente, os pressupostos peculiares aos recursos extraordinários.

> *O adversário do excipiente poderá recorrer?* A parte adversária não pode recorrer, pois ninguém tem direito a ser julgado por determinado juiz; todos têm o direito de ser julgados pelo juiz competente. Demais disso, cuidando-se de suspeição ou impedimento reconhecidos pelo juiz, sequer seria possível cogitar o recurso, pois inexistirá decisão no primeiro grau que seja impugnável. Por último, não há interesse recursal, pois não há mudança de foro ou de juízo competente, somente ocorrendo modificação física do juiz.[10]

Se a arguição for contra membro do Ministério Público ou auxiliar da justiça, compete ao juiz da causa julgar o incidente. Dessa decisão, não caberá recurso imediato; o interessado deverá recorrer da decisão por ocasião da apelação contra sentença (art. 1.008, §1º, CPC). Se o incidente for de competência de tribunal (art. 148, §3º, CPC), o sistema recursal é o mesmo do incidente proposto contra o juiz. O membro do Ministério Público e o auxiliar da justiça têm, de igual modo, legitimidade recursal.

6. EFICÁCIA EXTERNA DA DECISÃO SOBRE A SUSPEIÇÃO E O IMPEDIMENTO

Há interessante questão que merece exame separado: a decisão sobre a parcialidade do órgão jurisdicional produz efeitos em outros processos em que a situação que deu causa ao defeito se repita? Por exemplo: reconhecida a suspeição em razão da amizade íntima, em outro processo perante o mesmo juiz, em que o mesmo sujeito volte a ser parte, a decisão naquele incidente deve ser observada? Enfim: a decisão do incidente de suspeição ou impedimento produz efeitos para além das fronteiras do processo em que foi proferida?

Para que se responda a esta questão, é preciso que se parta da seguinte premissa: a discussão sobre a parcialidade do órgão julgador (suspeição ou impedimento) é o objeto litigioso (mérito) do mencionado incidente. A decisão sobre o tema é, nesse sentido, uma decisão de mérito; não sobre o mérito da causa (mérito do procedimento principal), mas, sim, sobre o mérito do incidente processual instaurado para a apuração da parcialidade do julgador. Ver as considerações a respeito do objeto litigioso no capítulo sobre a teoria da cognição, neste volume do *Curso*.

Partindo-se desta premissa, a questão, uma vez resolvida, deve tornar-se indiscutível não apenas para o processo em que proferida, mas também para outros,

10. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3, p. 333.

em que a mesma situação se repita. Obviamente, se entre a decisão do incidente e o novo processo houver mudança do quadro fático (o órgão julgador perde o vínculo que mantinha com a parte, por exemplo), a decisão não deverá ser observada, pois, como toda decisão, se submete à cláusula *rebus sic stantibus*. Mas, enquanto mantidas as mesmas circunstâncias de fato e de direito, a primeira decisão deve ser observada. Essa é a opinião de Tiago Asfor Rocha Lima: "para essas situações em que a causa justificadora da suspeição não se extingue com o fim do processo, deve e pode o julgamento do incidente de suspeição produzir efeitos futuros"[11].

Assim, *deve* o magistrado, quando receber causa em que exista situação que já foi reconhecida como apta a gerar a sua parcialidade, declarar-se suspeito ou impedido.

É possível, enfim, tendo em vista tudo isso, cogitar, inclusive, a possibilidade de ação rescisória contra a decisão que julgar o incidente de suspeição/impedimento, já que é uma decisão de mérito (do incidente) apta a produzir efeitos inclusive para fora do processo em que proferida.

7. ARGUIÇÃO DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO DO TRIBUNAL OU DA MAIORIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL

Não está claro qual é o procedimento para arguir a suspeição ou o impedimento de todo tribunal, ou da sua maioria absoluta.

Duas são as questões:

a) de quem é a competência para apreciar a arguição?;

b) de quem será a competência para o julgamento do processo, caso o tribunal seja considerado suspeito ou impedido (quem é o tribunal substituto)?

A resposta a ambas as perguntas é a mesma: o Supremo Tribunal Federal, que julgará a arguição e, se for o caso de o tribunal ser considerado parcial, a própria causa.

Nesta situação, é necessário arguir a suspeição ou o impedimento perante o próprio tribunal. Se ele não se reconhecer suspeito ou impedido, os autos serão remetidos ao STF, que julgará a arguição; uma vez acolhida, o próprio STF será competente para o julgamento da causa (aplicável integralmente o disposto nos §§3º a 7º do art. 146 do CPC); rejeitada a arguição, a causa voltará ao tribunal de origem. Se o tribunal se reconhecer suspeito ou impedido, mesmo que independentemente de

11. LIMA, Tiago Asfor Rocha. "Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 105.

arguição pela parte interessada, remeterá os autos ao STF, para que julgue a causa (art. 102, I, "n", CF/1988).

O exame do procedimento da arguição de impedimento ou suspeição, nesses casos, foi muito bem detalhado no julgamento da Questão de Ordem na Ação Cível Originária 58-BA, pelo Pleno do STF, em 05.12.1990.

> Não é possível a convocação de juízes para a composição do *quorum* do tribunal tido por suspeito ou impedido (STF, RCL 1.933-AM, rel. Min. Celso de Mello, 16.5.2002; RCl 1.004/AM, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 25.11.1999, DJ de 04.02.2000, p. 5; em sentido diverso, STF, AO 106/MS, rel. Min. Néri da Silveira, j. 07.10.1993, DJ de 18.03.1994, p. 5.149).
>
> Se o impedimento/suspeição se der no próprio STF, aplicam-se os arts. 37-41 do RISTF, de acordo com a redação da Emenda Regimental n. 42/2010.[12]

8. IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO PROVOCADOS. IMPARCIALIDADE ACEITA E ABUSO DO DIREITO

O §2º do art. 144 reputa ilícita "a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz". O inciso I do §2º do art. 145 segue na mesma linha, reputando ilegítima a alegação de suspeição quando ela houver sido provocada por quem a alega. Em ambos os casos, o legislador preocupa-se com a boa-fé processual.

Considera-se abusivo alegar a suspeição ou o impedimento se eles forem provocados pela parte. A "indução" da parcialidade é prática frequente no foro. Tem o propósito de burlar a garantia do juiz natural, com a remessa dos autos ao juiz substituto. A parte que tem esse objetivo passa a praticar atos temerários no processo, dando motivo a diversas decisões contrárias a seus interesses. Essa série de decisões negativas cria um clima de animosidade no processo, sendo o indício

12. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: "Art. 37. Nas ausências ou impedimentos eventuais ou temporários, são substituídos: I – o Presidente do Tribunal pelo Vice-Presidente, e este pelos demais Ministros, na ordem decrescente de antiguidade; II – o Presidente da Turma pelo Ministro mais antigo dentre os seus membros; III – o Presidente da Comissão pelo mais antigo dentre os seus membros; IV – qualquer dos membros da Comissão de Regimento pelo suplente. Art. 38. O Relator é substituído: I – pelo Revisor, se houver, ou pelo Ministro imediato em antiguidade, dentre os do Tribunal ou da Turma, conforme a competência, na vacância, nas licenças ou ausências em razão de missão oficial, de até trinta dias, quando se tratar de deliberação sobre medida urgente; II – pelo Ministro designado para lavrar o acórdão, quando vencido no julgamento; III – mediante redistribuição, nos termos do art. 69 deste Regimento Interno; IV – em caso de aposentadoria, renúncia ou morte: a) pelo Ministro nomeado para a sua vaga; b) pelo Ministro que tiver proferido o primeiro voto vencedor, acompanhando o do Relator, para lavrar ou assinar os acórdãos dos julgamentos anteriores à abertura da vaga; c) pela mesma forma da letra *b* deste inciso, e enquanto não empossado o novo Ministro, para assinar carta de sentença e admitir recurso. Art. 39. O Revisor é substituído, em caso de vaga, impedimento ou licença por mais de trinta dias, pelo Ministro que se lhe seguir em ordem decrescente de antiguidade. Art. 40. Para completar *quorum* no Plenário, em razão de impedimento ou licença superior a 30 (trinta) dias, o Presidente do Tribunal convocará o Ministro licenciado".

de que se precisava para a arguição da suspeição. Não raro a parte promove uma representação administrativa contra o juiz para, em seguida, alegar que, em razão disso, o juiz perdeu a sua parcialidade. Em relação ao impedimento, há quem provoque uma das situações previstas no art. 144 do CPC, contratando, por exemplo, advogado que é filho do julgador.

Não se podem tolerar tais condutas. É comportamento desleal, nítido exemplo de abuso de direito processual, que, se já não estivesse proibido por essas regras, estaria vedado pela cláusula geral de proteção da boa-fé processual (art. 5º, CPC).

Do inciso II do §2º do art. 145 decorre regra muito interessante sobre a arguição de suspeição do órgão jurisdicional: será ilegítima a alegação de suspeição quando "a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido".

Também é regra que visa tutelar a boa-fé em tema de arguição de suspeição.

Veda-se, como se vê claramente, o *comportamento contraditório* (*venire contra factum proprium*): tendo aceitado o órgão jurisdicional, com a prática de atos que revelem essa aceitação, a parte não pode em seguida levantar a sua suspeição. Mais uma vez se impede o abuso do direito processual.

CAPÍTULO 21

Providências preliminares e julgamento conforme o estado do processo

Sumário • 1. Saneamento e fase de saneamento. As providências preliminares – 2. Julgamento conforme o estado do processo – 3. Julgamento antecipado do mérito – 4. Da decisão de saneamento e organização do processo: 4.1. Generalidades; 4.2. Audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes; 4.3. O acordo de organização do processo; 4.4. O calendário processual; 4.5. Eficácia preclusiva da decisão de saneamento e de organização do processo em relação ao reexame das questões que podem ser decididas a qualquer tempo pelo órgão jurisdicional: 4.5.1. Consideração introdutória; 4.5.2. O juízo de admissibilidade positivo e a preclusão.

1. SANEAMENTO E FASE DE SANEAMENTO. AS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

Apresentada ou não a resposta do réu, inicia-se uma fase do procedimento comum que se denomina de *fase de saneamento* ou *fase de ordenamento do processo*. Durante este período, o magistrado, *se for o caso*, deve tomar providências que deixem o processo apto para que nele seja proferida uma decisão, chamada de *julgamento conforme o estado do processo*[1] (art. 347 do CPC).[2]

É importante notar que a atividade de saneamento do magistrado não se esgota nessa fase, que se caracteriza, apenas, pela concentração de atos de regularização do processo. É que, desde o momento em que recebe a petição inicial, pode o magistrado tomar providências para regularizar eventuais defeitos processuais – a determinação de emenda da petição inicial (art. 321 do CPC)[3] e a possibilidade de controle a qualquer tempo das questões relativas à admissibilidade do procedimento (art. 485, § 3º, CPC) são exemplos disso. O dever de o magistrado sanear o processo deve ser exercido ao longo de todo o procedimento, mas há uma fase em que essa sua atuação revela-se mais concentrada.

A *fase de saneamento* inicia-se após o escoamento do prazo de contestação. No entanto, é possível que, após esse momento, a *fase postulatória* (que é aquela em que se define o objeto litigioso do processo, sobre o qual falamos no capítulo

1. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 429.
2. "Findo o prazo para a contestação, o juiz tomará, conforme o caso, as providências preliminares constantes das seções deste Capítulo".
3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 59.

sobre a teoria da cognição judicial) se prolongue, pois o réu pode ter reconvindo ou denunciado a lide a um terceiro. É possível, ainda, que o autor requeira o aditamento ou a alteração do pedido ou da causa de pedir, com o consentimento do réu, com base no art. 329, II, do CPC. Os primeiros atos da *fase de saneamento* podem coincidir, portanto, com a prática dos últimos atos da *fase postulatória*.

Eis, basicamente, o rol de providências preliminares.

a) Tendo sido apresentada defesa indireta, deve o juiz *intimar* o autor para apresentar a sua *réplica*, em quinze dias (arts. 350-351 do CPC), que consiste na manifestação do demandante sobre os fatos novos deduzidos pelo réu em sua defesa. Se a defesa for *direta*, não haverá intimação para a *réplica*. Se o autor trouxer documentos na réplica, o réu deverá ser intimado para manifestar-se sobre eles, em quinze dias, conforme a regra extraída do §1º do art. 437 do CPC.

> Embora raro, é possível que, em réplica, o autor deduza fatos novos ou traga documentos novos. Se isso acontecer e o órgão jurisdicional entender admissível esse tipo de alegação em réplica, caberá nova providência preliminar: garantir ao réu a *tréplica*, também no prazo de dez dias. Se o réu, em tréplica, fizer o mesmo e trouxer fatos novos ou documentos novos, terá o autor o direito de manifestar-se sobre tudo isso, no mesmo prazo. Para evitar esse vaivém, o órgão jurisdicional pode não admitir tais alegações; se o admitir, porém, não há escapatória: terá de garantir o contraditório.[4]

b) Se o réu apresentar *defesa direta*, mas trouxer documentos, deve o magistrado intimar o autor para manifestar-se sobre eles, no prazo de quinze dias conforme regra extraída do §1º do art. 437 do CPC.

c) Se há defeitos processuais que possam ser corrigidos, inclusive aqueles relacionados aos requisitos de admissibilidade do procedimento, deve o juiz providenciar a sua correção (conforme visto no capítulo sobre as invalidades processuais), fixando, para tanto, prazo não superior a trinta dias (art. 352, CPC).

d) Se houver revelia, deve o magistrado verificar a regularidade da citação.[5]

e) Se, não obstante a revelia, a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor não se tiver produzido (essas hipóteses foram expostas no capítulo sobre a resposta do réu), deve o magistrado intimar o autor para especificar as provas que pretende produzir em audiência (art. 348 do CPC). O prazo para especificação das provas é de cinco dias, aplicando-se a regra supletiva do art. 218, §3º, CPC, tendo em vista o silêncio da lei sobre o assunto.[6]

---

4. Sobre o tema, SICA, Heitor. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, cit., p. 270; REDONDO, Bruno Garcia. "Réplica, tréplica e quadrúplica no direito processual civil: esmiuçando o estudo de relevantes institutos desprestigiados". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 215, p. 88 e segs.
5. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9ª ed., cit., v. 3, p. 431-433.
6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 23ª ed., cit., p. 60.

f) Se a revelia decorrer de citação ficta ou se o réu revel for preso, deve o magistrado designar o curador especial (art. 72, II, CPC).

g) Se o réu reconveio, deve o magistrado intimar o autor para contestar a reconvenção, em quinze dias.

h) Se o réu promover uma denunciação da lide ou um chamamento ao processo, o magistrado tomará as providências inerentes a essas intervenções, como, por exemplo, determinar a comunicação do terceiro cujo ingresso no processo se pleiteia.

i) Se o réu requereu a revogação da justiça gratuita concedida ao autor, o juiz, após ouvi-lo, decidirá a respeito; se revogar a gratuidade da justiça, caberá agravo de instrumento (art. 101 e art. 1.015, V, CPC).

j) Se houver alegação de incompetência, o juiz decidirá sobre a sua competência. Se reconhecer a sua incompetência, determinará a remessa dos autos ao juízo competente.

k) O juiz decidirá sobre eventual impugnação ao valor da causa apresentada pelo réu na contestação.

l) O magistrado deve verificar se é caso de intervenção do Ministério Público (art. 178 do CPC), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM, art. 31 da Lei n. 6.385/1976), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, art. 118 da Lei n. 12.529/2011) ou de qualquer outro órgão/entidade cuja presença no processo seja obrigatória, por força de lei.

2. JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

O *julgamento conforme o estado do processo* pode assumir diversas feições.

Depois de cumpridas as providências preliminares, ou *não havendo necessidade delas*, o juiz examinará o processo para que tome uma dessas decisões:

a) extingue-o sem resolução do mérito (art. 485, c/c o art. 354 do CPC);

b) extingue-o com a resolução do mérito, em razão de autocomposição total (art. 487, III, c/c o art. 354 do CPC);

c) extingue-o com resolução do mérito pela verificação da ocorrência da decadência ou prescrição (art. 487, II, c/c o art. 354 do CPC);

d) julga antecipadamente o mérito da causa (art. 355 c/c art. 487, I, do CPC);

e) profere decisão de saneamento ou organização do processo, com ou sem audiência para produzi-la em cooperação com as partes (art. 357, CPC).

As hipóteses "a", "b", "c" e "d" permitem *decisões parciais*, que digam respeito a apenas parte do processo (arts. 354, par. ún., e 356, CPC). Nesse caso, teremos uma decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento.

As hipóteses "a", "b", "c" e as decisões parciais serão estudadas no capítulo dedicado à extinção do processo, neste volume do *Curso*, para onde remetemos o leitor.

Neste momento, cuidaremos das hipóteses "d" e "e".

3. JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO

Conforme visto no item anterior, após as providências preliminares, o juiz deve proferir uma decisão, que se denomina *julgamento conforme o estado do processo*. O *julgamento antecipado do mérito da causa* é uma das possíveis decisões que podem ser tomadas nesse momento do processo.

Trata-se de decisão de mérito em que o magistrado decide o objeto litigioso, julgando *procedente* ou *improcedente* a demanda formulada. Perceba-se que, em outras duas variantes do *julgamento conforme o estado do processo*, também há exame de mérito: a) extinção por autocomposição (reconhecimento da procedência do pedido, transação ou renúncia ao direito sobre o que se funda a demanda), art. 487, III, CPC; b) extinção pelo reconhecimento da prescrição ou decadência, art. 487, II, CPC. Nessas situações, só há *julgamento* de mérito nos casos da letra "b"; nos casos da letra "a", há homologação da autocomposição, sem julgamento.

No *julgamento antecipado do mérito*, porém, o magistrado *julga* o mérito com base no inciso I do art. 487 do CPC.

> Uma observação é necessária: a decisão judicial com base no inciso I do art. 487 do CPC pode ocorrer em *improcedência liminar do pedido, julgamento antecipado do mérito* ou após a realização da audiência de instrução e julgamento.

Assim, o julgamento conforme o estado do processo pode implicar decisão de mérito tomada com base em qualquer dos incisos do art. 487 do CPC.

O julgamento antecipado é uma decisão de mérito, fundada em *cognição exauriente*, proferida após a fase de saneamento do processo, em que o magistrado reconhece a desnecessidade de produção de mais provas em audiência de instrução e julgamento (provas orais, perícia e inspeção judicial). "O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução do mérito", diz o *caput* do art. 355 do CPC.

O juiz, no caso, entende ser possível proferir decisão de mérito apenas com base na prova documental produzida pelas partes. O *julgamento antecipado do mérito* é, por isso, uma técnica de abreviamento do processo[7]. É manifestação do *princípio da adaptabilidade* do procedimento (ver capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil), pois o magistrado, diante de peculiaridades da causa, *encurta* o procedimento, dispensando a realização de toda uma fase do processo. É bom frisar que

7. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 23ª ed., cit., p. 95-96.

o adjetivo "antecipado" justifica-se exatamente pelo fato de o procedimento ter sido abreviado, tendo em vistas particularidades do caso concreto.

O art. 355 do CPC prevê as hipóteses em que se admite o julgamento antecipado do mérito da causa. Convém transcrevê-lo:

> Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I – não houver necessidade de produção de outras provas; II – o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

É preciso fazer algumas anotações sobre esse artigo.

a) Em primeiro lugar, o *princípio da cooperação* impõe que o magistrado comunique às partes a intenção de abreviar o procedimento, julgando antecipadamente o mérito. Essa intimação prévia é importantíssima: *i)* evita uma decisão-surpresa, que abruptamente encerre o procedimento, frustrando expectativas das partes; *ii)* se a parte não concordar com essa decisão, sob o fundamento de que ela cerceia seu direito à prova e, por isso, invalida o procedimento, deve registrar o inconformismo, nos termos do art. 278 do CPC – se não o fizer, não poderá, posteriormente, alegar, na apelação, cerceamento de defesa pela restrição que se fez ao seu direito à prova, em razão da preclusão.

b) Essa possibilidade de abreviação do procedimento deve ser utilizada com cautela e parcimônia, não só porque pode implicar restrição ao direito à prova, mas também porque, sem a audiência de instrução e julgamento, podem os autos subir ao tribunal, em grau de recurso, com insuficiente conjunto probatório.[8] Como não é praxe, em órgãos colegiados, a realização de atividade de instrução probatória complementar (não obstante isso não esteja vedado pelo sistema, conforme se vê do arts. 932, I, e 938, §3º, CPC), é possível que, diante de um processo mal instruído, o tribunal resolva anular a sentença, para que se reinicie a atividade probatória – e isso não é desejável.

c) O inciso I do art. 355 autoriza o julgamento antecipado quando não for necessária a produção de provas em audiência, ou seja, quando a prova exclusivamente documental for bastante para a prolação de uma decisão de mérito.

d) Cabe julgamento antecipado se houver revelia. Para que isso aconteça, é preciso que a revelia tenha implicado a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor – e, por isso, não haja necessidade de produção de mais provas, pela incontrovérsia dos fatos (art. 374, III, CPC) – e o revel ainda não tenha intervindo no processo, solicitando a produção de provas nos termos do art. 349 do CPC.

---

8. Com essa preocupação, GRINOVER, Ada Pellegrini. "O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1977, n. 5, p. 101-113; ANDRADE, Luís Antônio de. *Aspectos e inovações do Código de Processo Civil (processo de conhecimento)*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974, p. 171-172.

No capítulo sobre a resposta do réu, vimos que nem sempre a revelia gera presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor. É possível, ainda, que, não obstante a revelia e o julgamento antecipado do mérito, o autor perca a causa; nada impede que o magistrado julgue improcedente o pedido, a despeito de reputar existentes os fatos alegados pelo autor – p. ex., os fatos deduzidos não têm aptidão para conferir ao autor o direito afirmado[9].

e) Não se permite que o juiz, no julgamento antecipado do mérito da causa, conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Caso convoque os autos para julgamento antecipado, supõe-se que o magistrado reputa provados os fatos alegados. Entende, enfim, que não há necessidade de prova. Essa decisão impede *comportamento contraditório do juiz* (*venire contra factum proprium*); há preclusão lógica[10] para o magistrado, que, então, não pode proferir decisão com aquele conteúdo. A sentença de improcedência por falta de prova, em julgamento antecipado do mérito da causa, além de violar o dever de lealdade processual, a boa-fé objetiva (art. 5º, CPC) e o princípio da cooperação (art. 6º, CPC), poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova.[11]

f) Quando for o caso, o "julgamento antecipado não é faculdade, mas dever que a lei impõe ao julgador",[12] em homenagem aos princípios da duração razoável do processo e da eficiência.

g) Admite-se o julgamento antecipado parcial (art. 356, CPC). Nesse caso, por não encerrar o procedimento, a decisão é impugnável por agravo de instrumento (art. 356, §4º, CPC).

Admite-se decisão líquida ou ilíquida (art. 356, §1º, CPC). Esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 491 do CPC: somente será possível julgamento antecipado parcial *ilíquido* nas hipóteses dos incisos I e II do art. 491. Realmente, não há sentido em proibir, em regra, decisões ilíquidas (art. 491) e, ao mesmo tempo, permitir, em regra, decisões ilíquidas, se proferidas em julgamento antecipado parcial (art. 356, §1º) – seria uma distinção sem qualquer critério.

---

9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 23ª ed., cit., p. 98.
10. Admitindo a preclusão lógica para o juiz, embora sem fazer menção a esse exemplo, corretamente, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 42-46.
11. Neste sentido, no STJ, 3a T., REsp 649.191/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. Em 19.08.2004, publicado no DJ de 13.09.2004, p. 241; 1a T., REsp n. 443.171/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.02.2004, publicado no DJ de 25.02.2004, p. 101; STJ, 3ª T., REsp n. 1.228.751/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 06.11.2012, publicado no DJe de 04.02.2013. Também assim o enunciado n. 297 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O juiz que promove julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de outras provas não pode proferir sentença de improcedência por insuficiência de provas".
12. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 255. Também assim, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 9ª ed., v. 1, cit., p. 360; STJ, 4 T., Resp n. 2.832/RJ, publicado no DJ de 17.09.1990; Resp n. 5.640/RS, publicado no DJ de 24.06.1991; STJ, 3a T., AgRg no Ag 481607/DF, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 18.03.2004, publicado no DJ de 12.04.2004, p. 205; STJ, 6a T., REsp nº 102.303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 27.04.1999, publicado no DJ de 17.05.99; 1a T., AgRg no REsp n. 579.890/AC, rel. Min. José Delgado, j. em 05.02.2004, publicado no DJ de 05.04.2004, p. 214.

Trata-se de decisão parcial definitiva, apta, portanto, à liquidação e à execução definitivas (art. 356, §§2ºe 3º, CPC), à coisa julgada e, consequentemente, a ser alvo de ação rescisória (art. 966, CPC).

Cabe julgamento antecipado parcial se um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles *i)* mostrar-se incontroverso ou *ii) estiver em condições de imediato julgamento nos termos do art. 355* (art. 356, I e II, CPC). Na primeira hipótese, não há propriamente *julgamento antecipado do mérito*: há resolução parcial do mérito, em razão da autocomposição parcial (art. 487, III, CPC). Na segunda hipótese, está-se, aí sim, diante do mesmo julgamento antecipado do mérito da causa, restrito, porém, a um ou alguns dos pedidos cumulados ou a parcela deles.

4. DA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

4.1. Generalidades

Se não for caso de extinção do processo sem resolução do mérito, nem de extinção do processo com resolução do mérito (prescrição/decadência, autocomposição ou julgamento antecipado do mérito da causa), deverá o magistrado proferir uma decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, CPC).

Note que estamos diante de uma situação em que o órgão jurisdicional terá de resolver o objeto litigioso, mas ainda não há elementos probatórios nos autos que lhe permitam fazer isso – terá, pois, de preparar o processo para a atividade instrutória.

Esta é uma das mais importantes decisões proferidas pelo órgão jurisdicional. A boa organização do processo interfere diretamente na duração razoável do processo e na proteção ao contraditório.

Nessa decisão, o órgão jurisdicional:

I - *resolverá as questões processuais pendentes, se houver*: com isso, deixará o processo apto ao início da audiência de instrução, para colheita de novas provas. Este é um capítulo da decisão dedicado ao saneamento de defeito processual que porventura tenha permanecido, após a fase das providências preliminares, ou que tenha aparecido (art. 357, I, CPC).

II - *delimitará as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos*: é neste momento que o órgão jurisdicional identificará os fatos controvertidos e determinará qual meio de prova serve a cada um deles. Com isso, organiza-se a atividade instrutória (art. 357, II, CPC).

Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a quinze dias para que as partes apresentem rol de testemunhas (art. 357, §4º, CPC). O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a dez, sendo três, no máximo, para a prova de cada fato (art. 357, §6º, CPC).

O juiz poderá limitar o número de testemunhas em consideração à complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados (art. 357, §7º, CPC). Embora o CPC fale em "limitar", que dá a ideia de restringir, o juiz também pode ampliar o número de testemunhas, tendo em vista as particularidades da causa[13].

É conveniente que o juiz determine que a parte informe o fato sobre o qual recairá cada testemunho: isso é importantíssimo para a organização da instrução.

Caso tenha sido determinada a produção da prova pericial, o juiz observará o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecerá, de logo, calendário para sua realização (art. 357, §8º, CPC).

III – *definirá a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373*: este é momento propício para a eventual redistribuição judicial do ônus da prova, feita nos termos do §1º do art. 373, CPC (art. 357, III, CPC). Sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, ver o capítulo sobre a teoria da prova, no v. 2 deste *Curso*.

Se for caso de aplicação de convenção sobre ônus da prova, o órgão jurisdicional esclarecerá isso neste momento (art. 373, §§3º e 4º, CPC). Se não for redistribuir o ônus da prova, o órgão jurisdicional dirá isso nessa decisão. Contra a decisão que redistribui o ônus da prova, nos termos do art. 373, cabe agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC); contra a que não acolhe o requerimento de redistribuição do ônus da prova não cabe agravo de instrumento.

IV – *delimitará as questões de direito relevantes para a decisão do mérito*: além de definir as questões fáticas controvertidas, o órgão jurisdicional definirá as questões de direito relevantes para a solução da causa (art. 357, IV, CPC). Essas questões não se limitam àquelas suscitadas pelas partes, mas é imprescindível que todas elas constem da decisão de saneamento e organização do processo.

Essa regra concretiza o art. 10 do CPC, que impõe ao órgão jurisdicional o dever de consultar as partes sobre qualquer questão relevante para a solução da causa, inclusive as questões jurídicas. Essa delimitação expõe às partes o que o órgão jurisdicional entende como questão jurídica relevante para a solução do objeto litigioso; por isso, se trata de delimitação que vincula a atividade jurisdicional: *o juiz decidirá a causa apenas com base nessas questões* Se, futuramente, o órgão jurisdicional vislumbrar outra questão jurídica relevante para o julgamento da causa, terá de intimar às partes desta espécie de aditamento à sua decisão de organização do processo, para que possam manifestar-se.

V – designará, se necessário, audiência de instrução e julgamento: a depender dos meios de prova que serão produzidos (inciso II), o juiz já marcará a data audiência de instrução e julgamento (art. 357, V, CPC). Entre uma audiência de instrução e outra, haverá intervalo mínimo de uma hora (art. 357, §9º, CPC).

13. Nesse sentido, enunciado n. 300 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O juiz poderá ampliar ou restringir o número de testemunhas a depender da complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados".

> De acordo com o enunciado n. 295 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "As regras sobre intervalo mínimo entre as audiências do CPC só se aplicam aos processos em que o ato for designado após sua vigência".

Proferida a decisão de saneamento e organização do processo, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável (art. 357, §1º, CPC). A estabilidade da decisão de saneamento é fundamental para evitar retrocessos processuais. Por isso, o legislador autorizou que as partes solicitem ajustes ou esclarecimentos, em cinco dias. Isso pode ser feito por uma petição simples – não se trata de embargos de declaração, razão pela qual não se devem exigir maiores formalidades. Não havendo impugnação, a decisão transita em julgado e vinculará a atividade jurisdicional a partir daí.

Mas há algumas observações que precisam ser feitas.

a) A preclusão, prevista no §1º do art. 357, CPC, refere-se à organização da atividade instrutória – delimitação dos fatos probandos, ordem de produção das provas, marcação da audiência etc. Se houver decisão sobre temas que podem ser objeto de agravo de instrumento (art. 1.015, CPC) ou de apelação (art. 1.009, §1º, CPC), não haverá preclusão nesse momento.

b) É por isso que se, na decisão de saneamento e organização do processo, houver capítulo em que o juiz redistribua o ônus da prova, nos termos do art. 373, §1º, do CPC, caberá agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC).

c) O prazo de cinco dias a que se refere o §1º do art. 357 somente se aplica se a decisão de saneamento e organização do processo for proferida por escrito. Se feita em audiência, com a presença das partes, os esclarecimentos devem ser solicitados até o fim da sessão, sob pena de preclusão[14].

A decisão de saneamento e organização do processo é, claramente, um marco de estabilização do processo que deve ser prestigiado. Não por acaso o legislador somente permitiu ampliações ou alterações objetivas do processo até o esse momento (art. 329, II, CPC).

4.2. Audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes

O §3º do art. 357 prevê a audiência de saneamento e organização feitos em cooperação com as partes. Trata-se de uma regra que concretiza o princípio da cooperação (art. 6º, CPC), sendo uma das principais inovações do CPC.

Prescreve esse dispositivo que "se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja

14. Neste sentido, Daniel Mitidiero, em conversa eletrônica travada com o autor deste livro.

feito em cooperação com as partes". Determina ainda que, "nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações". As partes trarão para essa audiência o rol de testemunhas (art. 357, §5º, CPC)[15].

Não é raro o juiz deparar-se com causas extremamente complexas, as quais se revelam incompreensíveis para ele, um terceiro estranho ao litígio. É inegável que as partes são os sujeitos que mais bem conhecem a controvérsia. O saneamento em diálogo com as partes tende a ser muito mais fácil e útil.

Mais bem organizado o processo, com a delimitação tão precisa quanto possível do cerne da controvérsia, evitam-se provas inúteis ou desnecessárias, aumenta-se a chance de autocomposição e diminuem as possibilidades de interposição de recurso[16] fundado em equívoco na apreciação pelo juiz ou invalidade por ofensa ao contraditório – como a organização foi produzida *plurilateralmente*, em diálogo, não será possível alegação posterior de equívoco, se a decisão se basear no que foi acordado. Sim, acordado: está-se diante de um negócio jurídico processual *plurilateral* – sobre o tema, ver capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais, neste volume do *Curso*.

Embora o §3º do art. 357 preveja a audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes apenas em "causas complexas", não há qualquer restrição para que o juiz a determine em causas não tão complexas. O saneamento compartilhado tende a ser mais frutuoso sempre[17]. No mínimo, serve como mais um momento processual que favorece a autocomposição[18].

4.3. O acordo de organização do processo

O §2º do art. 357 permite que as partes levem ao juiz, para homologação, uma organização consensual do processo. Eis o texto do §2º do art. 357: "As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz".

Note que, neste caso, temos um *negócio bilateral*, em que as partes chegam a um consenso em torno dos limites do seu dissenso – uma *litiscontestatio*[19] contemporânea. Ou seja: as partes concordam que controvertem sobre tais ou quais pontos.

---

15. Inegável a influência da obra de Paulo Hoffman nesta inovação legislativa (HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 138 e segs.).
16. WAMBIER, Luiz Rodrigues. "A audiência preliminar como fator de otimização do processo: o saneamento 'compartilhado' e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2004, n. 118, p. 142; HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*, cit., p. 139; ANDRADE, Érico. "As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo", cit., p. 189.
17. Assim, enunciado n. 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa".
18. Entendendo que o saneamento e a organização do processo deve ser sempre em audiência, HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*, cit., p. 140.
19. Negócio processual previsto no processo civil romano (no período das ações da lei e no período do processo formulário), pelo qual as partes definiam o objeto litigioso a ser julgado posteriormente pelo *iudex;* em razão

Além disso, as partes delimitam consensualmente as questões jurídicas que reputam fundamentais para a solução do mérito. Podem, por exemplo, negociar qual o Direito aplicável ao caso. Observados os pressupostos gerais da negociação processual (art. 190 do CPC), o juiz fica vinculado a essa delimitação.

Nada impede que, nesse acordo, se encartem outros negócios processuais, *típicos* (convenção sobre ônus da prova, art. 373, §§3º e 4º, CPC, p. ex.) ou *atípicos* (art. 190 do CPC).

Homologado, o acordo se estabiliza e vincula as partes e o juiz, nos exatos termos em que vincula a decisão de saneamento e organização do processo proferida solitariamente pelo julgador. Essa vinculação estende-se a todos os graus de jurisdição, caso contrário não faria sentido; o propósito é estabilizar o processo *dali em diante*. Por isso, essa vinculação *limita* a profundidade do efeito devolutivo de futura apelação: somente as questões ali referidas serão devolvidas ao tribunal, caso seja interposta apelação.

Além de poder controlar a validade desse negócio jurídico processual, o que sempre lhe compete, pode o juiz não homologá-lo, caso não haja o mínimo de verossimilhança nos fatos *consensualmente havidos como ocorridos*[20]. A necessidade de homologação serve exatamente para que não se imponha ao órgão julgador o dever de julgar com base em um absurdo.

A homologação não impedirá, no entanto, a alegação de fatos que lhe sejam supervenientes: a homologação *estabiliza* o processo tendo em vista as circunstâncias que até aquele momento existiam.

4.4. O calendário processual

Neste momento, sobretudo na audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes, pode-se celebrar outro negócio jurídico plurilateral típico: o calendário processual (art. 191, CPC).

Trata-se de um agendamento para a prática de atos processuais, feito de comum acordo entre partes e órgão julgador e em atenção às particularidades da causa. Normalmente relacionado à prática dos atos instrutórios, o calendário também pode ter por objeto atos postulatórios (entrega de razões-finais, p. ex.), decisórios e executórios[21].

> Disso decorre uma questão importante: como compatibilizar a possibilidade de calendário processual, acordado pelo juiz e pelas partes, com o respeito à ordem cronológica de conclusão? Seria possível previr no

dela, estabilizava-se o processo.

20. Nesse sentido, Paula Costa e Silva e Leonardo Greco, em palestras apresentadas no seminário "Negócios jurídicos processuais no novo CPC", realizado na Associação dos Advogados de São Paulo, em 06.03.2015.

21. Sobre a calendarização da execução, COSTA, Eduardo José da Fonseca. "A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 212; DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4, p. 367-368.

> calendário uma data para a prolação da sentença, sem observância da ordem cronológica?
>
> Como uma convenção processual não pode lesar terceiros, há duas alternativas: a) ou no calendário se marca uma audiência para a prolação da sentença, de modo a que se subsuma à regra exceptuadora do inciso I do § 2º do art. 12; b) ou a prolação da sentença não é ato que possa ser inserido no calendário.

O calendário pode ser fixado em qualquer etapa do procedimento. A referência à fase de organização e saneamento do processo se justifica apenas porque a consideramos o momento mais propício para esse agendamento. Do mesmo modo, nada impede que o juiz marque uma audiência *apenas para negociar com as partes a fixação do calendário*[22], que pode ser muito útil.

> É possível cogitar a possibilidade de o calendário ser feito já na audiência de mediação ou conciliação, que é anterior à defesa (art. 334, CPC). Para que isso aconteça, é preciso que o órgão jurisdicional esteja presente, tendo em vista que o negócio envolve autor, réu e juiz. Sucede que o juiz somente participará se não houver, na comarca, mediador ou conciliador cadastrado (art. 334, §1º, CPC).

Não se admite o calendário por imposição oficial, nem mesmo por força do poder de "velar pela duração razoável do processo" atribuído ao juiz pelo inciso II do art. 139 do CPC. O calendário sempre resultará de acordo entre os três vértices do processo: autor, réu e juiz.

O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados (art. 191, §1º, CPC). Isso significa que o juiz fica vinculado ao agendamento – o desrespeito ao que ficou acordado é clara hipótese de cabimento de representação contra o juiz por excesso de prazo (art. 235, CPC).

Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário (art. 191, §2º, CPC) – essa é a sua principal utilidade: a economia processual que ele gera, além de eliminação de "tempos mortos", que costumam aparecer entre a determinação de uma intimação pelo juiz e a sua concretização[23]. Além de ser instrumento para a

22. Assim, enunciado n. 299 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão". Considerando contraproducente essa medida, pela ótica da aceleração do processo, PICOZZA, Elisa. "Il calendario del processo". *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: CDEAM, 2009, LXIV, n. 6, p. 1.654. Para a autora, é possível, com base no direito italiano, calendário por determinação oficial; no Brasil, o calendário é sempre negocial.

23. O instituto foi inspirado no direito estrangeiro, sobretudo o francês. A observação de Remo Caponi sobre o tema é bem interessante: "Quem analisou esta experiência constata que o conteúdo destes acordos é muito variado de uma sede judiciária para outra, mas geralmente apresenta muitas vantagens, sobretudo para os advogados, que conhecem precisamente quando a causa será tratada e não são expostos a surpresas, com

aceleração do processo, o calendário processual é técnica que serve à organização e à previsibilidade do processo[24].

O calendário previsto no art. 191 não se confunde com o calendário da perícia, que pode ser imposto pelo juiz na decisão de saneamento e organização do processo, nos termos do art. 357, §8º. O calendário para a perícia pode ser determinado pelo juiz e refere-se apenas à realização da perícia; nesse caso, exatamente por ser imposto pelo juiz, não há dispensa de intimação das partes acerca da realização dos atos periciais agendados. O calendário regulado pelo art. 191 é diferente: *a)* resulta de um acordo plurilateral; *b)* pode ter por objeto, a princípio, qualquer ato processual; *c)*, não se restringe necessariamente à prática de um ato (embora isso possa acontecer); *d)* dispensa as intimações processuais respectivas. Nada impede, porém, que, no calendário geral, haja também a calendarização da perícia.

As partes precisam ser capazes para a celebração deste acordo. Vale aqui tudo o quanto se disse sobre a *capacidade processual negocial*, no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais.

4.5. Eficácia preclusiva da decisão de saneamento e de organização do processo em relação ao reexame das questões que podem ser decididas a qualquer tempo pelo órgão jurisdicional

4.5.1. Consideração introdutória

Conforme já se viu, a decisão de saneamento e organização do processo, uma vez estabilizada, vincula as partes e o juiz – por isso, ela é também um estímulo à organização consensual do processo.

Este item tem o objetivo de examinar a seguinte questão: o juízo de admissibilidade positivo do processo, que se costuma fazer na decisão de saneamento, tem eficácia preclusiva? Proferido o juízo de admissibilidade *positivo*, é possível que a questão decidida possa ser reexaminada, ainda no mesmo processo?

A doutrina não costuma atentar para uma circunstância bastante relevante: concluindo pela admissibilidade ou inadmissibilidade, o juízo que o magistrado faça sobre a validade do procedimento é o mesmo, não se altera de acordo com a conclusão alcançada. Se o juízo de admissibilidade é uma decisão (e parece indiscutível que o seja), positivo ou negativo, pouco importa, deverá submeter-se à preclusão. É o que ora se defende. As razões serão examinadas no item seguinte.

---

notável economia de tempo e um melhor emprego de energias". (CAPONI, Remo. "Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais". Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 228, p. 370; "Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali". *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, 2010, p. 52, disponível em http://www.civilprocedurereview.com, consultado em 16.04.2014).

24. PICOZZA, Elisa. "Il calendario del processo". *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: CDEAM, 2009, LXIV, n. 6, p. 1.652.

4.5.2. O juízo de admissibilidade positivo e a preclusão.

Prevalece, na doutrina brasileira, a concepção de que a decisão judicial que reconhece a presença dos requisitos de admissibilidade do processo (a decisão de saneamento e organização do processo, pela qual o magistrado declara a regularidade do processo) não se submete à preclusão[25]: enquanto pendente o processo, será sempre possível o controle *ex officio* dos requisitos de admissibilidade, inclusive com o reexame daqueles que já houverem sido objeto de decisão judicial.

O fundamento legal dessa concepção é o § 3º do art. 485, que teria imunizado as decisões sobre os requisitos de admissibilidade do processo à preclusão. Afirma-se que o enunciado n. 424 da súmula do STF,[26] embora ainda em vigor, não se aplicaria a esse tipo de questão.[27] Fala-se que não se pode cogitar preclusão para as matérias que podem dar ensejo à ação rescisória.

Não é essa a concepção adotada neste *Curso*[28].

---

25. Adotando essa concepção, valiosa a leitura de NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 233-255, em que há bela resenha da doutrina brasileira sobre o tema. Seguem essa linha, entre outros: LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 162-168; FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 435-436; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 183; TUCCI, José Rogério Cruz e. "Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento". *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 275-290; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 242; ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 393; ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo - saneamento*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 180; TALAMINI, Eduardo. "Saneamento do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 86, p. 102-104; WAMBIER, Luiz Rodrigues. "Despacho saneador irrecorrido - possibilidade de o juiz decidir contrariamente na sentença". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1992, n. 67, p. 227-231; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 211; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)". *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 173-174; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 155; GONÇALVES, Marcus Vinícius. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 248-249; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 667; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 405-406; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 364-365; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1, p. 246.

26. "Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença".

27. STJ, 4ª T., REsp 343750-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.05.2002, DJ de 10.02.2003, p. 215.

28. Adota-se, em parte, o posicionamento de Barbosa Moreira (*O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54). Além desse autor, outros defendem a eficácia preclusiva da decisão sobre questão de admissibilidade do processo: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 500 e segs.; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 456-457; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Anotações às Instituições de Direito Processual Civil de Giuseppe Chiovenda*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 456, nota 225; COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, v. 3, p. 109-111; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2, p. 166-172; GOMES, Fábio Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 3, p. 46; MALACHINI, Edson Ribas. "Do julgamento conforme o estado do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1977, n. 6, p. 107-108; NUNES, Dierle José

a) Em primeiro lugar, convém precisar a correta interpretação que se deve dar ao enunciado do § 3º do art. 485 do CPC. O que ali se permite é o conhecimento, a qualquer tempo, das questões relacionadas à admissibilidade do processo – não há preclusão para a verificação de tais questões, que podem ser conhecidas *ex officio*, até o trânsito em julgado da decisão final, mesmo pelos tribunais.

Mas não há qualquer referência no texto legal à inexistência de preclusão em torno das questões *já decididas*.

As questões do §3º do art. 485 podem ser conhecidas a qualquer tempo; o juiz pode controlar a regularidade do processo, *mas desde que ainda esteja pendente e que não tenha havido preclusão a respeito*.

Não se permite que o tribunal, no julgamento de um recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo que se trate de questão afeta à admissibilidade do processo, em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão.

Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de-ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão-somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame.

b) A preclusão aqui defendida obviamente não se opera tendo em vista fato superveniente. Conforme já se disse, é possível que, por fato superveniente, deixe de existir um requisito de admissibilidade do processo (exemplos: incompetência absoluta superveniente e perda da capacidade processual). Exatamente por tratar-se de fato superveniente, a anterior decisão que reconheceu a regularidade do processo não lhe diz respeito, impondo-se nova decisão, que terá outro objeto: a questão nova.[29]

Não se deve confundir a possibilidade de controle a qualquer tempo da regularidade do processo com a inexistência de preclusão a respeito. A confusão é parecida com aquela que se faz em relação à coisa julgada da sentença de alimentos: porque fatos supervenientes podem alterar a realidade sobre que incidiu a primeira sentença, nova decisão deve ser proferida, que cuide desta nova realidade. Isso não retira a força da coisa julgada, que indiscutivelmente recaiu sobre a primeira decisão.

Coelho. "Preclusão como fator de estruturação do procedimento". *Estudos continuados de Teoria do Processo*. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 203-205.

29. Assim, TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 163-164.

c) O art. 505 do CPC é peremptório ao prescrever que nenhum juiz decidirá de novo as questões já decididas – "precisamente por falar em *nenhum juiz* o texto dessa disposição abrange *também* o juiz da causa, manifestamente compreendido na generalidade do advérbio".[30] Esse artigo também se aplica às decisões interlocutórias.[31] O art. 507 do CPC determina: é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Nada há em tais artigos que leve à conclusão de que as questões de admissibilidade, mesmo já decididas, podem ser rediscutidas.

d) A decisão de saneamento pode ser impugnada na apelação (§1º do art. 1.009, CPC), ressalvada a existência de algum conteúdo que permita a impugnação imediata por agravo de instrumento (art. 1.015, CPC).

Como bem apontou Calmon de Passos, se a decisão é recorrível, não se pode cogitar, no direito brasileiro, a possibilidade de reexame das questões já decididas.[32] Se há possibilidade de recurso, há possibilidade de preclusão, não somente para as partes, mas também para o juiz.[33]

Se a parte não agrava ou apela, conforme o caso, da decisão que resolve uma questão de admissibilidade, há *preclusão*: não pode o tribunal, ao julgar a apelação interposta contra outras questões, redecidir aquelas cuja solução não fora impugnada.

f) Por imposição do dever da motivação (art. 93, IX, CF/1988; arts. 11 e 489, §1º, CPC), a decisão sobre a validade do procedimento deve ser expressa: não se admite a preclusão do exame de questões implicitamente decididas, até porque não se pode admitir decisão implícita.[34] A preclusão somente pode operar-se em relação às questões decididas contra as quais ou não houve interposição de agravo de instrumento, se couber, ou de apelação, ou, embora tenha sido interposto, o recurso tenha sido rejeitado.[35]

---

30. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)", cit., p. 169.
31. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)", cit., p. 169-170.
32. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 500.
33. Por isso há quem defenda a irrecorribilidade das decisões interlocutórias relacionadas a essas questões: ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979, p. 155; JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176.
34. TALAMINI, Eduardo. "Saneamento do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1997, n. 86, p. 103; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5ª ed. São Paulo, RT, 2004, p. 34.
35. Neste ponto, diverge-se de Calmon de Passos, que admite a preclusão, para o juiz, do exame das questões implicitamente decididas na fase de saneamento (*Comentários ao Código de Processo Civil,* 9ª ed., cit., p. 500-501). O autor, porém, reconhece que nestes casos não há preclusão do exame da questão para o órgão de segundo grau (ob. cit., p. 504). Não se aceita a conclusão de Barbosa Moreira, de que haveria preclusão "das questões não decididas – desde que antes suscitadas ou simplesmente suscitáveis, ou apreciáveis de ofício – cuja solução cabia no despacho saneador..." (*O novo processo civil brasileiro.* 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54.) Já que não houve decisão, não se pode falar de preclusão.

Assim, não há preclusão se o magistrado deixa, na decisão saneadora, ainda que indevidamente, para examinar as questões de admissibilidade por ocasião da sentença.[36]

f) A função principal da decisão de saneamento e organização do processo é a estabilização desse mesmo processo. Ela serve exatamente para evitar futura marcha-a-ré processual. Negar eficácia preclusiva à decisão que reputa presentes pressupostos processuais de validade é interpretar o Código de modo disfuncional: dá-se ao texto normativo interpretação oposta à função que o instituto a ser aplicado busca alcançar.

g) Há um dado curioso nesta discussão: não se nega a existência de preclusão em torno das questões de mérito já decididas (acolhimento da alegação de prescrição em relação a um dos pedidos, por exemplo), mas, em relação às questões de admissibilidade, se permite a rediscussão a qualquer tempo. Dá-se a essas últimas um tratamento diferenciado, como se fossem as questões mais relevantes a ser resolvidas pelo Judiciário, que estaria autorizado, mesmo já se tendo manifestado a respeito, a voltar a discutir o tema e concluir pela inadmissibilidade do processo.

Parece haver uma intenção não-revelada de permitir sempre a possibilidade do não-enfrentamento do mérito, como se isso fosse o desejável, como se isso fosse o mais importante – ignorando o princípio da primazia da decisão de mérito, previsto no art. 4º do CPC.

Bem pensadas as coisas, se o caso é de não existir preclusão, que o seja para as questões de mérito, pois assim se permitiria a revisão de decisões equivocadas ou injustas. Em relação a elas, porém, há indiscutivelmente a coisa julgada. Se há limite para o reexame das questões de mérito (as questões de fundo, o objeto litigioso, o objeto do procedimento, a razão de ser do processo), que deve realmente existir, pois corolário do princípio da segurança jurídica, como não o há em relação a questões processuais já decididas? Por que em relação a elas se permite a instabilidade?

Não há razão para esse tratamento diferenciado. Ao contrário, a preclusão justifica-se muito mais em relação às questões processuais. É que, solucionada a questão sobre a regularidade do processo, e ressalvados os fatos supervenientes, ao Poder Judiciário somente restaria o exame do mérito da causa. Isso é positivo, pois resolver o litígio é a tarefa principal da atividade jurisdicional.

h) Esse posicionamento, tomado ao pé-da-letra, ainda gera situações absurdas.

Será, realmente, que, arguido o impedimento (falta de requisito processual, que autoriza inclusive ação rescisória), com decisão do tribunal a respeito, ainda assim

36. Neste sentido, corretamente, MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2, p. 166-172; MALACHINI, Edson Ribas. "Do julgamento conforme o estado do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1977, n. 6, p. 107-108.

seria possível o reexame da matéria, em outra oportunidade, por esse mesmo tribunal? Será que, após o processamento desse incidente, que suspende o andamento do processo e em que se permite a interposição de recursos, seria possível ao litigante arguir a parcialidade do magistrado novamente, pelas mesmas razões, porque não haveria preclusão? Formulam-se as mesmas perguntas, *mutatis mutandis*, em relação a qualquer outro "pressuposto processual", pois a falta de qualquer deles autoriza o ajuizamento de ação rescisória (incisos II e IV, especificamente, e o inciso V, genericamente, todos do art. 966 do CPC).

A circunstância de a questão de admissibilidade poder ensejar ação rescisória não é suficiente para que se impeça a preclusão da decisão judicial a seu respeito. É que o fato de a questão ser decidida no processo originário não impede a propositura da ação rescisória; ou seja, o fundamento para que a questão não se submeta à preclusão é bem frágil: permite-se a discussão da questão processual a qualquer tempo, mas não se proíbe, a despeito disso, o ajuizamento da rescisória. A prévia discussão da questão no processo originário não é obstáculo ao ajuizamento da ação autônoma de impugnação.[37]

Enfim, adotar essa postura é comprometer totalmente a segurança jurídica, além de não se conferir o mínimo de respeitabilidade à decisão judicial sobre questões processuais.[38]

i) Muitos dos doutrinadores, que defendem a inexistência de preclusão sobre a regularidade do processo (juízo de admissibilidade positivo), seguem orientação diversa em relação ao juízo de admissibilidade negativo. Nesse caso, extinto o processo pela falta de um "pressuposto processual", a demanda somente poderia ser reproposta se o defeito fosse corrigido, ou seja, a primeira decisão haveria de ser respeitada, tendo, pois, eficácia preclusiva.

Esse posicionamento foi, aliás, adotado expressamente pelo CPC, no art. 486, §1º, conforme será examinado no capítulo sobre a extinção do processo, neste volume do *Curso*.

37. Há entendimento, inclusive, em sentido oposto. Segundo o n. 298 da súmula do Tribunal Superior do Trabalho, o pré-questionamento (o prévio debate da questão) é pressuposto de cabimento da ação rescisória por expressa violação da lei: "A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada". Também neste sentido, STJ, Primeira Seção, AR n. 1.196, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. 26.03.2003, DJ de 13.09.2004, p. 163. Em outro sentido, não reputando o pré-questionamento um pressuposto de cabimento da ação rescisória, STJ, 5ª T., REsp n. 468.229/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 08.06.2004, DJ de 28.06.2004, p. 384.

38. "Com efeito, inominado absurdo configuraria, sem mais profunda indagação, o fato de, por exemplo, ter o juiz afirmado, quando do saneamento do processo, o interesse processual do autor e, todavia, voltar atrás, posteriormente, em virtude da solicitação do réu, ou mesmo *ex officio*, e à míngua de qualquer recurso, pronunciando-se outra vez sobre matéria já preclusa, imutável dada a formação de coisa julgada formal, e assim afrontando o disposto no art. 473 do Código". (TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 163).

A postura revela incoerência: ou a decisão sobre a admissibilidade tem eficácia preclusiva, ou não a tem; essa eficácia não pode ser *secundum eventum litis*.

O CPC reconheceu a eficácia preclusiva da decisão que reconhece a *falta* de algum pressuposto processual (art. 486, §1º, CPC). A interpretação de que a decisão que reconhece a *presença* de pressupostos processuais seria insuscetível de eficácia preclusiva é contrária à unidade do Código; não é sistêmica. Viola, assim, o princípio elementar de interpretação de um Código: *o princípio da unidade do Código*. O Código deve ser interpretado como um todo.

O art. 507 do CPC corresponde ao art. 473 do CPC-1973.

A postura revela incoerência: ou a decisão sobre a admissibilidade tem eficácia preclusiva, ou não a tem; essa eficácia não pode ser secundum eventum litis.

O CPC reconheceu a eficácia preclusiva da decisão que reconhece a falta de algum pressuposto processual (art. 486, §1º, CPC). A interpretação de que a decisão que reconhece a presença de pressupostos processuais seria insuscetível de eficácia preclusiva é contrária à unidade do Código; não é sistêmica. Viola, assim, o princípio elementar de interpretação de um Código: o princípio da unidade do Código. O Código deve ser interpretado como um todo.

O art. 507 do CPC corresponde ao art. 473 do CPC-1973.

CAPÍTULO 22

Extinção do Processo

Sumário • 1. Observação introdutória – 2. Conteúdo das decisões judiciais. As decisões totais e as decisões parciais – 3. Decisões que não examinam o mérito (art. 485 do CPC): 3.1. Generalidades e a primazia da decisão de mérito; 3.2. Distribuição por dependência em caso de renovação da demanda (art. 286, II); 3.3. Efeito regressivo da apelação (art. 485, § 7º); 3.4. Análise do art. 486 do CPC; 3.5. Indeferimento da petição inicial; 3.6. Abandono do processo pelas partes; 3.7. Abandono do processo pelo autor; 3.8. Falta de "pressupostos processuais"; 3.9. Existência de perempção, litispendência e coisa julgada; 3.10. Ausência de interesse ou legitimidade; 3.11. Existência de convenção de arbitragem; 3.12. Desistência do prosseguimento do processo (revogação da demanda): 3.12.1. Generalidades; 3.12.2. Desistência parcial; 3.12.3. Desistência da ação e renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação; 3.12.4. Momento; 3.12.5. Desistência da ação e desistência do recurso; 3.12.6. Desistência da ação e consentimento do réu; 3.12.7. Efeito anexo da decisão que homologa a desistência da ação; 3.12.8. Desistência da ação e julgamento de casos repetitivos; 3.12.9. Caso especial: desistência no caso de ente federal ser réu; 3.12.10. Desistência em processo coletivo; 3.12.11. Desistência e despesas processuais; 3.13. Falecimento do autor e intransmissibilidade do direito litigioso; 3.14. Análise do § 3º do art. 485 do CPC – 4. Decisões que examinam o mérito (art. 487 Do CPC): 4.1. Observação introdutória; 4.2. Julgamento do mérito: a procedência e a improcedência: 4.2.1. Generalidades; 4.2.2. A decisão que não acolhe a afirmação de contradireito como uma decisão de mérito; 4.3. Homologação da autocomposição das partes; 4.4. Decisão sobre a decadência ou a prescrição.

1. OBSERVAÇÃO INTRODUTÓRIA

No capítulo anterior, foi afirmado que há diversas possíveis manifestações do *julgamento conforme o estado do processo*. O exame de três delas ficou reservado para este capítulo que se inicia: a extinção do processo sem resolução de mérito, a extinção do processo com resolução de mérito e a decisão parcial (que tem conteúdo dos arts. 485 e 487 do CPC, mas não extingue o processo).

É importante, porém, fazer um alerta: essas três espécies de decisão judicial podem acontecer em outro momento do procedimento, não necessariamente após as providências preliminares. O indeferimento da petição inicial (art. 485, I, CPC), por exemplo, ocorre em momento anterior à ouvida do réu (liminarmente). Nada impede, da mesma forma, que as partes cheguem a um acordo após a audiência de instrução e julgamento, autorizando a extinção do processo com resolução de mérito em razão da transação (art. 487, III, "b", CPC).

Enfim, o *julgamento conforme o estado do processo* pode ser uma dessas decisões, mas nem sempre essas decisões serão tomadas nesse momento processual. Eis a razão de termos optado por reservar um capítulo específico para o exame dos arts. 485 e 487 do CPC, e não incluí-los em tópico do capítulo anterior.

2. CONTEÚDO DAS DECISÕES JUDICIAIS. AS DECISÕES TOTAIS E AS DECISÕES PARCIAIS

Cuida o Código de Processo Civil, nos artigos 485 e 487, das hipóteses de extinção do processo, sem e com resolução do mérito, respectivamente. Os artigos estão previstos no capítulo do Código destinado à sentença. De fato, a sentença, como decisão final, resolverá ou não o mérito da causa, conforme o texto do §1º do art. 203.

Mas não é apenas a sentença que pode fundar-se em uma das hipóteses dos arts. 485 e 487. Acórdãos (decisões colegiadas proferidas por tribunal) e decisões proferidas por relator também podem fundar-se nas mesmas hipóteses. Basta imaginar a decisão de um relator que indefere a petição inicial (art. 485, I, CPC) de uma ação rescisória (causa de competência originária de tribunal) ou o acórdão que julga procedente (art. 487, I, CPC) uma reclamação (também ação de competência originária de tribunal).

Uma decisão interlocutória (art. 203, §2º, CPC) também pode fundar-se nos arts. 485 e 487. Ou seja: é possível que haja uma decisão que, nada obstante se funde em um desses artigos, não extinga o processo nem encerre uma de suas fases.

Os arts. 354, par. ún., e 356, CPC, confirmam a possibilidade de decisão interlocutória que tenha por fundamento qualquer das hipóteses dos arts. 485 e 487. Alguns exemplos: a) decisão que indefere parcialmente a petição inicial (art. 485, I, c/c art. 354, par. ún.); b) decisão que reconhece a decadência de um dos pedidos cumulados (art. 487, II, c/c art. 354, par. ún.); c) decisão que exclui um litisconsorte por ilegitimidade (art. 485, VI, c/c art. 354, par. ún.); d) decisão que julga parte do mérito de forma antecipada (art. 487, I, c/c art. 356) etc. Note que a decisão interlocutória pode, então, em certos casos, resolver parte do mérito da causa de modo definitivo – apto à coisa julgada material; assim, pode ser rescindida por meio de ação rescisória (art. 966, CPC). Como decisões interlocutórias, são impugnáveis por agravo de instrumento (arts. 354, par. ún., art. 356, §5º, art. 1.015, II e VII, CPC).

Há, por isso, *decisões totais*, que dizem respeito à totalidade do processo, em seu aspecto subjetivo (todas as partes) e objetivo (todos os pedidos), e há decisões parciais, que dizem respeito ou a alguma das partes (um litisconsorte, por exemplo) ou a algum dos pedidos.

É por isso que se deve ter muito cuidado com a terminologia. Os arts. 485 e 487 não preveem hipóteses em que necessariamente o processo será extinto nem estabelecem matérias que sejam exclusivas de sentença[1].

1. Adroaldo Furtado Fabrício denomina essas situações, em que o magistrado decide com base nos arts. 485 ou 487 do CPC, mas não extingue o processo, de extinção imprópria do processo. "Dizemo-la imprópria porque a

3. DECISÕES QUE NÃO EXAMINAM O MÉRITO (ART. 485 DO CPC)

3.1. Generalidades e a primazia da decisão de mérito

Quando reconhece existente qualquer das causas constantes do rol do art. 485 do CPC, o juiz constata a impossibilidade de julgar/resolver o mérito. Profere, neste caso, as conhecidas decisões *terminativas*: decisão que não enfrenta o mérito da causa, de conteúdo eminentemente processual. A designação não é boa, pois toda sentença "termina"; melhor designar como *sentença que não examina o mérito*.

Não se compreende, porém, a frase, dita por muitos juízes: "Julgo extinto o processo, sem julgamento do mérito". Está errado. Seria mais correto dizer: "Extingo o processo, sem exame do mérito".

> Não se pode, contudo, misturar as coisas. "Constitui erro gravíssimo extinguir o processo com invocação simultânea de fundamento estranho ao mérito e de fundamento a ele pertinente. Reconhecendo e proclamando a existência de motivo da primeira espécie, abster-se-á o juiz de externar qualquer opinião acerca do *meritum causae*".[2]

A extinção do processo sem resolução do mérito não obsta, como regra, a que o autor intente de novo a demanda, desde que seja possível sanar a falha que ensejou o juízo de inadmissibilidade e que se comprove o pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado (art. 486 do CPC).

Assim como a doutrina enumera os fatos jurídicos aptos a extinguir situações jurídicas (fatos extintivos), é possível sistematizar as hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito em quatro tipos:

a) extinção por inadmissibilidade: trata-se de extinção sem resolução de mérito decorrente da aplicação da sanção de invalidade do procedimento (incisos I, IV, V, VI, VII do art. 485 do CPC);

b) extinção por morte: se o autor morrer e o direito litigioso for intransmissível (art. 485, IX);

c) extinção por desistência (revogação): que decorre de manifestação de vontade do demandante, verdadeiro negócio jurídico processual unilateral (art. 485, VIII);

---

denominação não se ajusta ao conteúdo conceitual, nem se compatibiliza, do ponto de vista semântico, com a continuação do processo que aí ocorre. Extinção contém a ideia de encerramento, término, ponto final. E, no caso, tal não se dá, pois o processo deve prosseguir sua marcha. Trata-se, pois, de extinção impropriamente dita – ou, mais simplesmente, extinção imprópria". ("Extinção 'imprópria' do processo e recurso cabível". *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237.)

2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC". *Temas de direito processual – quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 94.

d) extinção por abandono: que decorre de um ato-fato processual, que é o abandono da causa (art. 485, II e III).

Essa classificação tem enorme relevância prática, principalmente por conta do art. 486 do CPC, logo abaixo examinado.

É preciso lembrar, mais uma vez, que o juiz tem *o dever de examinar o mérito da causa*, só não o fazendo quando houver obstáculo intransponível. Vimos, nos capítulos sobre as invalidades processuais e os pressupostos processuais, que, mesmo diante da falta de um requisito processual de validade, pode o magistrado ignorá-lo, não havendo prejuízo, para avançar e resolver o mérito da causa (art. 282, §2º, CPC)[3]. Trata-se de lição que não deve ser esquecida. A solução de mérito é o objetivo do processo, a sua própria razão de ser.

O CPC reitera a regra no art. 488, que está mais próximo topologicamente do art. 485, não por acaso: "Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485".

O art. 488 do CPC concretiza esse princípio: se a decisão de mérito for favorável à parte que se beneficiaria com a decisão sem resolução do mérito, o juiz deve, se possível, optar pela decisão de mérito. O "desde que possível" se justifica, pois há obstáculos que são insuperáveis, como a incompetência absoluta ou o impedimento.

Assim, se a petição for inepta, em razão de o pedido ser indevidamente indeterminado, mas o réu tiver razão (em razão da prescrição, por exemplo), o juiz pode julgar improcedente o pedido; se o autor não pagou as custas processuais, mas o réu tem razão, o juiz pode julgar improcedente o pedido etc.

Há, no direito processual civil brasileiro, o princípio da primazia da decisão de mérito, já examinado no capítulo sobre normas fundamentais, neste volume do *Curso*.

3.2. Distribuição por dependência em caso de renovação da demanda (art. 286, II)

A demanda, cujo processo anterior fora extinto sem exame do mérito, uma vez renovada, deve tramitar perante o mesmo juízo que anteriormente a conheceu. Esse juízo se torna prevento. Trata-se de caso incomum de prevenção decorrente de processo findo.

3. Art. 282, § 2º: "Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta".

É o que determina o inciso II do art. 286 do CPC: "Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza: (...) II – quando, tendo sido extinto o processo sem resolução de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda".

3.3. Efeito regressivo da apelação (art. 485, § 7º)

Da sentença que extingue o processo sem resolução do mérito cabe apelação. Essa apelação possui um efeito peculiar: permite o juízo de retratação, pelo órgão jurisdicional, no prazo de cinco dias (art. 485, §7º, CPC).

Se já estiver no processo, o réu tem o direito de apresentar contrarrazões à apelação; nesse caso, não pode o juiz retratar-se sem antes ouvir o réu (art. 9º, CPC).

O juiz não tem competência para proceder ao juízo de admissibilidade da apelação – função exclusiva do tribunal. Mas o juiz não pode retratar-se, se a apelação for intempestiva – estaria, neste caso, revendo uma decisão transitada em julgado. Diante de apelação intempestiva, o juiz deve limitar-se a não retratar-se (a intempestividade da apelação pode ser o único fundamento da decisão de não retratação) e remeter a apelação ao tribunal, a quem compete decidir pelo não conhecimento do recurso, se for o caso. O juiz não tem competência para inadmitir a apelação, frise-se.

3.4. Análise do art. 486 do CPC

As sentenças do art. 485, por não versarem sobre o mérito da causa, não impedem a renovação da demanda (art. 486, *caput*, CPC). Compreenda-se por renovação da demanda, para evitar desentendimentos, a sua repropositura com os mesmos elementos (pedido, partes e causa de pedir) em que apresentada primeiramente.

No §1º do art. 486, o legislador faz importante esclarecimento: "No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito".

> Observe que o legislador não remete à integralidade do inciso V; menciona apenas a litispendência. Isso porque a existência de coisa julgada ou de perempção (as outras hipóteses previstas no inciso V) é defeito que não tem como ser corrigido.
>
> Note, também, que o art. 268 do CPC-1973, equivalente ao atual art. 486, mencionava apenas o inciso V como apto a impedir a

repropositura da demanda. O rol mais amplo atende a reclamos da doutrina e ao entendimento da jurisprudência, consolidado mesmo sob a vigência do CPC-1973[4-5].

Ora, as hipóteses previstas no §1º referem-se a decisões que se fundam na *inadmissibilidade do processo*. A extinção do processo por inadmissibilidade pressupõe a existência de um defeito processual que não foi corrigido. A inadmissibilidade é a invalidação do processo em razão de um seu defeito. O juízo de inadmissibilidade consiste, pois, na aplicação da sanção de invalidade do procedimento; é uma decisão constitutiva negativa, que resolve definitivamente a questão da admissibilidade do procedimento; como sanção que é, tem de ser respeitada e cumprida; não teria sentido qualquer interpretação que permitisse à parte "escapar" à sanção, renovando a demanda com os mesmos defeitos já identificados.

O legislador, corretamente, exige que, para a repropositura da demanda, o defeito que deu causa à extinção do processo tenha sido sanado. O dispositivo deve ser interpretado como que se impusesse à decisão judicial uma cláusula *rebus sic stantibus*.[6] Se a petição foi reconhecida como inepta por falta de pedido (art. 485, I, c/c art. 330, §1º, I, CPC), a repropositura da demanda somente será aceita se agora o pedido vier formulado; se à parte autora faltava legitimidade extraordinária (art. 485, VI, CPC), a repropositura somente será admitida se sobrevier a legitimidade que faltava; se a extinção se dera por falta de autorização conjugal ou de comprovação da representação judicial (procuração), a renovação da demanda somente será viável com a prova do consentimento do cônjuge ou com a juntada do instrumento de representação judicial.

O legislador torna a decisão de inadmissibilidade estável: reputa indiscutível a solução da questão processual que levou à extinção do primeiro processo. Essa estabilidade extrapola o âmbito do processo em que a decisão foi proferida. Reproposta a demanda, o juiz desse segundo processo fica vinculado à decisão sobre a questão processual: se o defeito não for corrigido, a nova demanda não será examinada.

---

4. STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência em REsp n. 160.850/SP, rel. p/ acórdão Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.02.2003, DJ de 29.09.2003; STJ, 4ª T., REsp n. 103.584-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 5.6.2001, DJU 13.08.2001, p. 159; STJ 4ª. T., REsp n. 191.934-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.09.2000, DJU 04.12.2000, p. 72; STJ, 3ª. T., REsp n. 45.935-SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 04.10.1994, DJ 31.10.1994, p. 29483. Na doutrina, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1980, v. 1, p. 156; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 268; SANTOS, Nelton dos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p.779; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. "Coisa julgada, condições da ação e a impossibilidade de repropositura da demanda". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 17, p. 49-58.

5. Convém advertir que, se for corrigida a legitimidade *ad causam*, não se tratará de uma repropositura da demanda, mas, sim, da propositura de demanda diversa. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p 392.) Aliás, como está claro no voto-vista proferido pelo Min. César Asfor Rocha, no REsp 103.584-SP.

6. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 376.

Há, aqui, coisa julgada quanto à questão de admissibilidade[7].

> Aplica-se, aqui, a lição de Bedenuzi, que embora baseada na doutrina alemã, serve perfeitamente ao nosso direito positivo, conforme defende o mesmo autor: "A imutabilidade da coisa julgada material atinge sentenças terminativas, segundo os processualistas alemães, para que o juiz, quando do ajuizamento de uma nova demanda, não tenha de decidir, mais uma vez, a mesma questão jurídica processual (*Prozessfrage*) que deu causa à extinção do primeiro processo. Esta imutabilidade limita-se, com efeito, à questão explicitamente decidida (e não se estende a outras questões processuais, que não tenham sido objeto de decisão, ou, *a fortiori*, ao próprio mérito da demanda) e só incide se a mesma questão for posta a julgamento, ainda que noutro processo, entre as mesmas partes"[8].
>
> Ora, o juízo de admissibilidade é uma decisão, tanto quanto o juízo de mérito; possuem, certamente, objetos distintos, mas isso não autoriza a conclusão de que aquele merece tratamento menos rigoroso. O magistrado faz dois juízos: um sobre o processo e outro sobre a relação jurídica discutida, sendo que o primeiro é preliminar ao segundo. A imutabilidade somente pode recair sobre aquilo que foi decidido – obviamente, na extinção do processo sem exame do mérito, não há preclusão sobre a questão de mérito, que não foi apreciada; mas pode haver preclusão quanto à admissibilidade do processo, que foi apreciada. Não há resolução de mérito, mas há resolução sobre o processo; há decisão, que estabelece um preceito, que precisa ser respeitado. É certo, então, que não se pode retirar do juízo de inadmissibilidade do processo a aptidão de impedir a renovação da demanda, chame-se ou não essa vedação de coisa julgada.

Tanto é assim que o legislador expressamente permite o ajuizamento de ação rescisória contra as sentenças previstas no §1º do art. 486. É o que diz o art. 966, § 2º: "Nas hipóteses previstas nos incisos do *caput*, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I – nova propositura da demanda; ou II – admissibilidade do recurso correspondente".

Também é rescindível a sentença baseada no inciso V do art. 485, que se lastreia na existência de coisa julgada ou perempção, eis que impede a renovação da demanda, sem que nem mesmo seja possível a correção do defeito – note que, neste caso, o cabimento da ação rescisória será ainda mais útil. Consagrou-se, assim,

---

7. Luiz Eduardo Mourão, há muitos anos, defende a existência de coisa julgada para esse tipo de situação. Para ele, essa é a verdadeira coisa julgada formal – coisa julgada sobre uma questão processual (MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas). Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 107-108.)
8. BENEDUZI, Renato Resende. "*Prozessurteile e materielle Rechtskraft:* sentenças terminativas e coisa julgada material no processo alemão". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 229, p. 364.

entendimento doutrinário defendido há muitos anos neste *Curso*, mesmo sob a vigência do CPC-1973, e bem difundido na doutrina brasileira[9].

> Sendo possível corrigir o defeito que deu causa à extinção, e, assim, renovar a demanda, será raro o ajuizamento de ação rescisória. É muito mais fácil e rápido sanar o vício e repropor a ação. Nos casos em que o vício for insanável (algo comum nos casos de falta de interesse processual), ou em que o demandante simplesmente não aceite o reconhecimento do defeito (o que pode acontecer, como alguma frequência, nos casos de extinção pela existência de convenção de arbitragem, litispendência ou ilegitimidade), a ação rescisória revelar-se-á útil.

Em suma: a demanda, cujo processo anterior fora extinto sem resolução do mérito em razão da inadmissibilidade, pode ser reproposta (com os mesmos elementos), mas é preciso que o defeito que causou a extinção tenha sido corrigido. *Repropõe-se a demanda com os mesmos elementos, mas não nos mesmos termos ou da mesma forma.*

A despeito do silêncio normativo, também não se admite a repropositura da demanda, só que em razão de impossibilidade material, na hipótese de sentença fundada no inciso IX do art. 485, tendo em vista o falecimento do autor e a intransmissibilidade do direito pleiteado.[10]

Enfim, apenas as *sentenças processuais* lastreadas em *abandono* (art. 485, II e III) ou *desistência* (art. 485, VIII) permitem a repropositura da demanda com os mesmos elementos e nos mesmos termos. Isso porque, nesses casos, não houve qualquer decisão judicial de inadmissibilidade: o processo não era defeituoso; foi extinto por revogação ou abandono.

> Qual, então, a razão dogmática para o tratamento diferente das hipóteses de extinção sem resolução do mérito? A chave para a compreensão do problema está na percepção de que as causas de extinção do processo sem exame do mérito possuem natureza jurídica distinta. Conforme foi dito anteriormente, nem toda extinção do processo sem resolução do mérito decorre de um juízo de admissibilidade negativo, assim como os atos jurídicos não se extinguem apenas pela invalidação.

9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 174; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 501; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 163-164; PEIXOTO, Ravi. "Breves considerações sobre a ressignificação da coisa julgada formal e a sua eficácia extraprocessual". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2014, n. 141, p. 83-95. Também nessa linha, acórdão da 2ª Turma do STJ, REsp 1.217.321/SC, rel. originário Min. Herman Benjamin, rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.10.2012.

10. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 209, para quem o *caput* do art. 268 do CPC-1973, primeira parte, que somente mencionava o inciso V, deveria ser interpretado com ressalvas, pois já que há outros casos em que se veda a renovação da demanda.

Em qualquer caso, reproposta a demanda, a petição inicial não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado (art. 92 e art. 486, §2º, CPC).

É conveniente a aplicação, para todos os casos do §1º do art. 484, e não apenas para o indeferimento da petição inicial, do disposto no §3º do art. 331: "Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença". Essa providência, a ser tomada pelo escrivão ou chefe de secretaria, caso é importante, pois, no futuro, poderá o réu opor essa exceção processual se o autor renovar a demanda.

3.5. Indeferimento da petição inicial

O indeferimento da petição inicial aparece como primeira causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, I, do CPC).

Sobre o indeferimento da petição inicial, remetemos o leitor ao capítulo sobre petição inicial, sem deixar de relembrar uma circunstância muitíssimo importante: essa modalidade de extinção do processo sem resolução do mérito é liminar; ou seja, antes da citação do réu.

3.6. Abandono do processo pelas partes

O inciso II do art. 485 do CPC trata da hipótese em que o processo deve ser extinto em razão da sua paralisação, por mais de um ano, por negligência das partes. O fato gerador da extinção é a simples paralisação do processo por esse lapso temporal: "não há propriamente necessidade de algum ato de impulsão atribuído às partes, bastando o fato simples da imobilidade para gerar a presunção de desinteresse pelo prosseguimento".[11]

Não se deve indagar sobre qualquer elemento subjetivo nesta conduta omissiva.[12] Trata-se de ato-fato processual. A menção à "negligência" não indica a necessidade de demonstração de "culpa" das partes pela paralisação; é o simples fato "abandono" que autoriza a extinção do processo.

Antes de extinguir o processo, deve o magistrado, sob pena de nulidade da sentença, providenciar a intimação pessoal das partes, para que, em cinco dias, demonstrem o interesse no prosseguimento do processo (art. 485, § 1º, do CPC).

11. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 372.
12. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 372; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 379.

Esta providência justifica-se como uma forma de alerta às partes sobre eventual negligência dos seus advogados.

As partes arcarão, proporcionalmente, com as despesas processuais, cada uma pagando os honorários do seu advogado (art. 485, § 2º, do CPC).

É possível a extinção do processo, nesses casos, independentemente de provocação das partes.

> Sob a vigência do CPC-1973, era rara a ocorrência dessa hipótese de extinção do processo. De fato, era difícil conceber uma situação em que o andamento do processo ficasse na dependência do comportamento de *ambas as partes*. No atual CPC, tendo em vista a ampla margem de liberdade processual garantida pelo art. 190, é possível que situações como essa se tornem mais frequentes.

3.7. Abandono do processo pelo autor

Pode o magistrado determinar a extinção do processo, sem análise do mérito, quando o autor, por não promover os atos ou diligências que lhe cabem, abandonar a causa por mais de trinta dias (art. 485, III, CPC).

À semelhança do que ocorre na situação em que ambas as partes abandonam o processo, deve o magistrado, antes de extingui-lo, e sob pena de nulidade da sentença, determinar a intimação pessoal do autor para que, em cinco dias, diligencie o cumprimento da providência que lhe cabe (art. 485, § 1º, CPC). O autor será condenado ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado, esses apenas se o réu já houver sido citado (art. 485, § 2º).

Trata-se de hipótese de extinção do processo sem exame do mérito por motivo não relacionado à admissibilidade do procedimento. Assim como outras relações jurídicas (por exemplo, a relação jurídica real de propriedade, art. 1.275, III, Código Civil), o processo também pode ser extinto por abandono. Não é caso, pois, de extinção em decorrência de invalidação do procedimento.

Semelhantemente ao que ocorre com o abandono pelas partes, nessa situação não há de ser investigado um elemento subjetivo: trata-se, também aqui, de um ato-fato processual.[13]

Não pode o magistrado extinguir *ex officio* o processo em razão do abandono pelo autor, se o réu já estiver no processo (se não estiver no processo, é

13. Em sentido diverso, entendendo que, nesse caso, as razões do abandono devem ser investigadas, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 372.

inconcebível exigir o consentimento do réu).[14] É o que determina o §6º do art. 485: "§ 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu". Consagrou-se antiga lição de Adroaldo Furtado Fabrício: ao admitir-se a extinção sem a provocação do réu, o abandono da causa poderia ser utilizado como forma tácita e indireta de desistência do processo, cujos efeitos se produziriam sem dar-se ao réu qualquer possibilidade de manifestar eventual interesse no julgamento do mérito (§4º do art. 485, CPC).[15] Mesmo sob a vigência do CPC-1973, era esse o entendimento consolidado, como se vê do n. 240 da súmula do STJ: "A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu"[16].

O abandono assemelha-se muito à desistência: o abandono é tácito e a desistência, expressa. Mas o abandono é um ato-fato processual; a desistência, um negócio jurídico processual unilateral. Não por acaso, exige-se do advogado poder especial para desistir (art. 105, *caput*, CPC), mas não para abandonar. O curioso é que o abandono é, sob certo ponto de vista, mais grave do que a desistência, já que, se reiterado, pode levar à perempção (art. 486, CPC).

O processo somente deve ser extinto se o ato, cujo cumprimento incumbir ao autor, for indispensável para o julgamento da causa, se a sua omissão inviabilizar a análise do mérito. Assim, não se deve extinguir o processo, por exemplo, se o autor não depositar os honorários periciais: a consequência desta inércia seria, no máximo, a não realização da perícia.[17]

Não se pode falar de abandono do autor em inventário, falência, recuperação judicial ou insolvência civil. Nesses casos, a desídia do representante judicial (inventariante ou administrador judicial) tem por consequência a sua destituição, com a nomeação de um substituto[18].

Tendo sido instaurado *incidente de resolução de demandas repetitivas* (art. 976 e segs., CPC), o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente (art. 976, §1º, CPC). Essa regra decorre do fato de o incidente de resolução de demandas repetitivas ser um procedimento coletivo (o objeto litigioso do incidente consiste na definição de uma tese jurídica aplicável a causas homogêneas). Assim,

---

14. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC". *Temas de direito processual – quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 91.
15. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 373.
16. O STJ não aplicou esse entendimento na execução fiscal, ao extingui-la por abandono do exequente independentemente de requerimento do executado (STJ, 1ª. S., REsp n. 1.120.097-SP, DJe de 26.10.2010 (julgado sob o procedimento dos Recursos Repetitivos; STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1.450.799-RN, **rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 21.8.2014.**
17. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 381. Em sentido contrário, sem examinar o tema, STJ, REsp 549.295-AL, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 14.6.2004, publicado no DJ de 20.09.2004, p. 284.
18. ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo e saneamento*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 63.

ao incidente se aplica regra semelhante à do abandono em processos coletivos, que também não impede o exame do mérito (art. 5º, §3º, da Lei n. 7.347/1985).

Finalmente, se o autor der causa a três extinções do processo em razão do seu abandono, haverá perempção (art. 486, §3º, examinado mais à frente).

3.8. Falta de "pressupostos processuais"

Dispõe o inciso IV do art. 485 do CPC que o processo haverá de ser extinto, sem exame do mérito, quando faltar pressupostos de sua constituição ou de seu desenvolvimento válido.

Quando examinamos os "pressupostos processuais", vimos que apenas em relação à falta de alguns deles seria possível falar em extinção do processo. Extingue-se o processo, por exemplo, se verificada a incapacidade processual.

É difícil, na prática, a falta de um pressuposto processual implicar, automaticamente, a extinção do processo. Normalmente, é sanável essa falta, por estar relacionada a um vício de forma, como ocorre com a possibilidade de emenda da petição inicial (art. 321 do CPC) e de correção da capacidade processual (art. 76, do CPC). O CPC, em diversos dispositivos, imputa ao juiz o dever de prevenção, que lhe impõe a conduta de determinar a correção do defeito processual, antes do juízo de inadmissibilidade.

A incompetência, da mesma forma, não implica a extinção do processo, mas remessa dos autos ao juízo competente (art. 64, § 2º, CPC; exceção à regra é o inciso III do art. 51 da Lei n. 9.099/1995). A falta de capacidade processual do réu (não sanada) não implica extinção do processo, mas, ao revés, o seu prosseguimento, como se o réu fosse revel (art. 76, §1º, II, do CPC); a mesma consequência ocorrerá se lhe faltar capacidade postulatória (art. 313, § 3º, CPC). Se a incapacidade processual é do terceiro, a consequência é a sua exclusão do processo, que permanece pendente (art. 76, §1º, III, do CPC). A suspeição e o impedimento não geram a extinção do processo, mas a remessa dos autos ao juiz substituto legal (art. 146, §5º, do CPC).

Remetemos o leitor, então, ao que dissemos no capítulo sobre pressupostos processuais.

3.9. Existência de perempção, litispendência e coisa julgada

No inciso V do art. 485 do CPC, o legislador cuidou de isolar alguns requisitos processuais negativos, retirando-os da regra geral prevista no inciso IV do mesmo artigo. A opção é semelhante à que foi feita no CPC-1973 (art. 267, V).

Este isolamento deve-se, basicamente, a duas razões: a) havia certa controvérsia doutrinária sobre a natureza de tais figuras, se "pressupostos processuais" ou "condições da ação", evitando o legislador tomar posição definitiva na

controvérsia;[19] b) são requisitos processuais cuja falta inexoravelmente levará ao juízo de inadmissibilidade do processo – ao menos em relação à existência de coisa julgada ou perempção, não há como serem corrigidos.

Outra observação importante. Estes fenômenos podem ocorrer em relação a apenas parcela da demanda (litispendência parcial, por exemplo), nos casos de processo cumulativo (com mais de um pedido); nesse caso, não haverá extinção do processo, mas somente o juízo de inadmissibilidade da parcela em que se verificou a perempção, litispendência ou coisa julgada, com o prosseguimento da causa para o julgamento da outra parcela. Mais um exemplo de decisão parcial, como se viu em item precedente.

Perempção é *conceito jurídico-positivo*. Dá-se a perempção quando o autor der causa por três vezes à extinção do processo por abandono, e somente nesta hipótese (art. 485, III, c/c o art. 486, §3º, do CPC). A perempção é um efeito anexo da terceira sentença fundada no abandono (sobre os efeitos anexos da sentença, v. v. 2 deste *Curso*). Assim, proposta a mesma demanda pela quarta vez, é caso de extinção do processo em razão da perempção. O que perime, porém, não é o direito de ação, muito menos o direito material litigioso. Perde o autor o direito de demandar sobre aquela mesma situação substancial; perde o direito de levar aquele determinado litígio ao Poder Judiciário, até mesmo pela via da reconvenção. A pretensão material do autor resta incólume: ele poderá deduzi-la como matéria de defesa, como contradireito (exceção substancial; compensação, por exemplo), caso venha a ser demandado.

A perempção é uma sanção que se aplica à prática de um ato ilícito, consistente em um abuso do direito de demandar. Trata-se de ato ilícito (o abuso de direito é um ato ilícito) que tem por sanção a perda de um direito. O abandono da causa por três vezes é, pois, um ilícito caducificante – sobre o assunto, ver o capítulo sobre os fatos jurídicos processuais.

Há litispendência quando se renova demanda que já se encontra em curso. Há coisa julgada, quando se propõe demanda que já fora definitivamente decidida (art. 337, §§3º e 4º).

O §2º do art. 337 diz que uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido; ou seja, é preciso que haja a tríplice identidade entre os elementos das duas ações para que elas sejam consideradas idênticas.

19. Sobre a discussão, com amplas referências, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC", cit., p. 85. O texto refere-se ao CPC-1973, que, neste ponto, possui conteúdo semelhante ao CPC-2015.

Cumpre lembrar, porém, que é possível cogitar litispendência ou coisa julgada mesmo sem a existência da chamada tríplice identidade. No âmbito das causas coletivas, por exemplo, a verificação da litispendência e da coisa julgada prescinde da identidade de partes (basta a identidade de pedido e da causa de pedir).[20] Nas causas coletivas, há inúmeros colegitimados legalmente autorizados a atuar na defesa da mesma situação jurídica coletiva (mesmo direito), cuja titularidade pertence a um único sujeito de direitos (a coletividade). Logo, o que importa para a configuração da identidade de demandas é a precisa correspondência entre o pedido e a causa de pedir, uma vez que vários são os extraordinariamente legitimados a demandar no interesse do sujeito titular da relação substancial deduzida ("o agrupamento humano").

Por outro lado, no plano das causas individuais, é desnecessária a identidade de partes nos casos de colegitimação ativa – ou seja, litisconsórcio unitário facultativo ou legitimação concorrente, fenômenos relacionados à legitimação extraordinária, conforme visto no capítulo sobre o assunto – para configuração de tais fenômenos,[21] pelas mesmas razões apontadas acima.

3.10. Ausência de interesse ou legitimidade

O inciso VI do art. 485 do CPC autoriza a extinção do processo, sem exame do mérito, quando se reconheça a ausência de legitimidade ou interesse. O enunciado corresponde, com sensível mudança de redação, ao antigo inciso VI do art. 267 do CPC-1973.

Primeiramente, não há mais menção "à possibilidade jurídica do pedido" como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo. Consagra-se o entendimento, praticamente unânime até então, de que a impossibilidade jurídica do pedido é causa de improcedência do pedido; decisão de mérito, portanto. As críticas à opção anterior eram antigas e bem conhecidas[22].

Outro aspecto do enunciado que o distingue da redação anterior é o silêncio quanto ao uso da designação "condição da ação" O CPC-1973 referia a "qualquer das condições da ação". O texto atual não reproduz a redação anterior. Apenas se

20. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16; ZANETI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo – aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 150.

21. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294.

22. As críticas são bastante conhecidas, há muito tempo: PASSOS, José Joaquim Calmon. "Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido". *Revista de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Saraiva, v. 4, p. 61-2, 1964; DIDIER Jr., Fredie. "Possibilidade Jurídica do Pedido: um novo enfoque do problema - pela proscrição". Gênesis. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 449-463, 1999.

prescreve que, reconhecida a ilegitimidade ou a falta de interesse, o órgão jurisdicional deve proferir decisão de inadmissibilidade. Retira-se a menção expressa à categoria "condição da ação" do único texto normativo do CPC que a previa – e que, por isso, justificava a permanência de estudos doutrinários ao seu respeito. O tema já foi examinado no capítulo sobre a teoria da ação.

Assim, a legitimidade e o interesse de agir passam a ser explicados com suporte no repertório teórico construído para dos pressupostos processuais. A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco positivo; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.

Rigorosamente, não haveria necessidade de o art. 485 do CPC prever mais de um inciso para a extinção do processo pela falta de um pressuposto processual – o inciso IV, já examinado, resolveria o problema. Mas essa concretização, embora teoricamente desnecessária, não é inútil: como "pressuposto processual" é designação vaga, convém identificar, tanto quanto possível, situações típicas de inadmissibilidade do procedimento – como a existência de convenção de arbitragem (inciso VII) e a ausência de interesse processual (inciso VI). Mantém-se a regra aberta do inciso IV (falta de pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido), para servir às situações atípicas de inadmissibilidade.

> Há um caso curioso de extinção do processo sem resolução do mérito, não listado no art. 485, que é digno de nota. Se houver continência entre duas demandas e a demanda contida for ajuizada posteriormente à demanda continente, o respectivo processo deverá ser extinto sem resolução do mérito (art. 57, CPC). O caso parece ser de uma hipótese específica de falta de interesse de agir.

Há, porém, um ponto que merece reflexão.

Se é certo que a falta de interesse de agir não implica exame do mérito da causa, o mesmo não se pode dizer, com a mesma facilidade, em relação à falta de legitimidade.

A falta de legitimidade extraordinária é, realmente, caso de extinção do processo em exame do mérito, conforme visto no capítulo sobre os pressupostos processuais. Se o autor, por exemplo, se afirma legitimado extraordinário, mas, em verdade, não possui essa legitimação, o juiz deve extinguir o processo, sem examinar o que foi pedido.

A falta de legitimidade ordinária, porém, conforme visto no capítulo sobre os pressupostos processuais, é caso de extinção *com exame do mérito*.

A norma que se extrai do texto do inciso VI do art. 485 do projeto diz respeito apenas à falta de legitimação extraordinária. A legitimidade extraordinária, e apenas

ela, deverá ser compreendida como pressuposto processual de validade, cuja falta leva à extinção sem resolução do mérito.

A falta de legitimação ordinária equivaleria à ausência de titularidade do direito afirmado, circunstância que levaria ao julgamento pela improcedência do pedido (art. 487, I). A legitimação ordinária seria, assim, um pressuposto para o *acolhimento* da pretensão. Seria, pois, uma questão de mérito, e não de admissibilidade.

3.11. Existência de convenção de arbitragem

A existência de convenção de arbitragem em torno do objeto litigioso impede o exame do mérito pelo órgão jurisdicional. A inexistência de convenção de arbitragem é requisito processual de validade do procedimento. É por isso que, constatado esse fato, o processo deve ser extinto sem exame do mérito (art. 485, VII, CPC).

A extinção pode decorrer de duas situações: a) o órgão jurisdicional estatal acolhe a alegação de convenção de arbitragem feita pelo réu; b) o juízo arbitral reconhece a sua própria competência. O inciso VII do art. 485, ao dispor que o juiz (estatal) extinguirá o processo sem resolução do mérito quando o "juízo arbitral reconhecer a sua competência", consagra a regra da *Kompetenzkompetenz* do árbitro, fundamental para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil – sobre o tema, ver o capítulo sobre resposta do réu.

Cumpre relembrar o que se disse no capítulo sobre a resposta do réu: a existência de convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) é fato que não pode ser conhecido de ofício pelo órgão jurisdicional (art. 337, §5º, CPC). Cabe ao réu alegar a existência de convenção de arbitragem, no primeiro momento que lhe couber falar nos autos; caso não o faça, seu silêncio será considerado como aceitação da jurisdição estatal e consequente renúncia ao juízo arbitral (art. 337, §6º, CPC).

É por isso, aliás, que não há menção ao inciso VII no §3º do art. 485.

Sobre o regime processual da alegação de convenção de arbitragem, remete-se o leitor ao capítulo sobre a resposta do réu.

3.12. Desistência do prosseguimento do processo (revogação da demanda)

3.12.1. Generalidades

A desistência do prosseguimento do processo ou desistência da ação é um ato unilateral do demandante, a princípio sem necessidade do consentimento do réu, pelo qual ele abdica expressamente da sua posição processual (autor), adquirida

após o ajuizamento da demanda.[23] Trata-se de revogação da demanda (ato jurídico), que, uma vez homologada, autoriza a extinção do processo sem exame do mérito (art. 485, VIII, CPC).

Não se confunde a desistência com o abandono de que trata o inciso III do mesmo art. 485, que é conduta tácita, ao contrário da desistência, que é expressa.

Estão incorretas as expressões "pedir desistência" e "pedido de desistência". Não se pede a desistência; desiste-se. O que o desistente requer é a homologação da desistência, tendo em vista que esta somente produz efeitos após a chancela judicial (art. 200, parágrafo único, do CPC).

Há decisões que têm rejeitado a homologação da desistência, sob o fundamento de que a causa em jogo não permite essa espécie de ato dispositivo. O Superior Tribunal de Justiça, p. ex., não admitiu a homologação de desistência de uma investigação de paternidade feita pelo representante do menor-autor.[24]

> Embora não haja previsão expressa, cabe agravo de instrumento contra decisão do juiz que *não homologa a desistência*. A desistência é um negócio jurídico processual unilateral. A decisão que não a homologa impede que a desistência produza seus efeitos. O processo prosseguiria contra a vontade do demandante. O caso se encaixa na hipótese "agravo contra decisão que não acolhe alegação de convenção de arbitragem" (art. 1.015, III, CPC). A convenção de arbitragem também é um negócio jurídico; decisão que não a acolhe é agravável. A situação é semelhante e, por isso, merece tratamento idêntico.

3.12.2. Desistência parcial

Admite-se a desistência parcial, hipótese em que não haverá extinção do processo, pois a parcela não desistida deve prosseguir para ulterior julgamento.

Se houver litisconsórcio necessário, não pode o autor desistir do prosseguimento do processo apenas em relação a um dos corréus. Nada impede, contudo, que, no litisconsórcio facultativo ativo, apenas um dos autores desista; no caso do litisconsórcio facultativo passivo, é possível que apenas em relação a um dos réus-litisconsortes haja a desistência.

3.12.3. Desistência da ação e renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação

Desistência da ação é ato distinto da renúncia ao direito sobre o que se funda a demanda. Ambos são atos processuais dispositivos, que exigem do advogado

23. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Desistência da ação*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 5.
24. STJ, 4ª. T., RESP 472608-AL, publicado no DJ de 09.06.2003, p. 276, rel. Min. Aldir Passarinho Jr.

poder especial para agir (art. 105), mas a desistência não se refere ao direito litigioso, mas apenas ao prosseguimento do processo (daí implicar decisão que não resolve o mérito). A renúncia, ao contrário, diz respeito ao próprio direito em que se pauta a demanda – gera, pois, extinção do processo *com* resolução do mérito.

3.12.4. Momento

Não se admite a desistência após a prolação da sentença (art. 485, §5º).

Na verdade, não se admite a desistência após a prolação da decisão final – isso porque pode haver uma decisão interlocutória final, uma decisão de relator final ou um acórdão final. Em uma decisão interlocutória o juiz poderá resolver um dos pedidos cumulados (art. 356, CPC, p. ex.); o acórdão pode resolver um pedido formulado em uma causa de competência originária de tribunal. O que se busca impedir, com esse dispositivo, é que, proferida a decisão final sobre o pedido, o autor desista da demanda, ou de parte dela. Sentença, nesse caso, significa *decisão final*.

A previsão expressa da possibilidade de desistência apenas até a sentença resolve antigo problema[25]. Pode o autor, se ganhou a causa, renunciar ao direito de executar ou desistir da execução eventualmente já ajuizada; ou, se perdeu, renunciar ao direito de recorrer ou desistir do recurso já interposto;[26] mas desistir da demanda que já foi julgada, não, pois não há mais do que desistir, uma vez que a prestação jurisdicional pleiteada já foi entregue.

> Ainda sob a vigência do CPC-1973, o STF, em 02.05.2013, ao julgar o RE n. 669.367, afirmou a possibilidade de desistência a qualquer tempo do mandado de segurança, mesmo após a sentença. No precedente, afirmou a Ministra Rosa Weber, que "o mandado de segurança, enquanto ação constitucional, é uma ação que se funda no alegado direito líquido e certo frente a um ato ilegal ou abusivo de autoridade", sendo a desistência uma opção do impetrante. Não há, como se vê, nenhuma relação entre a conclusão e o fundamento invocado[27].
>
> O §5º do art. 485, sem correspondente no texto do CPC-1973, impede, agora, uma conclusão como essa.

25. O STF não admitiu a desistência de recurso extraordinário, após a ter sido prolatada decisão, mesmo que ainda não publicada (AgReg no RE 212.671-3, 1ª T., rel. Min. Carlos Brito, j. 02.09.2003, DJU de 17.10.2003, p. 20). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., AgRg no AgRg no Ag n. 1.392.645-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 21.2.2013, publicado no informativo n. 517; STJ, 2ª T., AgRg no AgRg no Ag n. 1.392.645/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 21.02.2013, publicado no DJe de 07.03.2013.
26. Neste sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro. "Anotações sobre a desistência da ação". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 3, p. 55. O autor cita o acórdão da 2ª T. do STJ no Resp 89.474/SP, j. 08.09.1998, DJ de 24.05.1999, p. 118.
27. STF, Tribunal Pleno, RE 669.377, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/Acórdão, Min. Rosa Weber, j. em 05.05.2013, notícia disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237552, acesso às 18h, do dia 02 de outubro de 2013.

3.12.5. Desistência da ação e desistência do recurso

Convém, ainda, distinguir a desistência da ação e a desistência do recurso. A desistência da ação extingue o processo sem resolução do mérito (art. 485, VIII, do CPC); a desistência do recurso pode implicar extinção do processo com ou sem resolução do mérito, a depender do conteúdo da decisão recorrida, como também pode não implicar a extinção do processo, como no caso de desistência de um agravo de instrumento.

A desistência do processo precisa ser homologada pelo magistrado (art. 200, parágrafo único, do CPC), dispensada na desistência do recurso (art. 998 do CPC). A desistência do processo depende do consentimento do réu, se já oferecida a contestação (art. 485, § 4º, do CPC); na desistência do recurso, o consentimento é dispensado (art. 998 do CPC).

O advogado tem de ter poder especial para revogar a demanda (art. 105, CPC); no caso da desistência do recurso, também se exige poder especial, mas somente quando implicar a extinção do processo - esse poder especial será de disposição de direito material (renúncia ou reconhecimento), quando houver extinção do processo com análise do mérito.

3.12.6. Desistência da ação e consentimento do réu

Se já houve oferecimento da contestação, a homologação da desistência exige o consentimento do demandado – ainda que tenha sido apresentada a contestação por curador especial (art. 485, §4º, do CPC). É o oferecimento da defesa,[28] mesmo antes do vencimento do prazo, o parâmetro para saber se há ou não necessidade de prévio consentimento, e não o simples escoamento do prazo de resposta do réu. Às vezes, porém, a primeira manifestação do réu no processo é a interposição de um recurso – agravo de instrumento – contra eventual decisão liminar que lhe seja desfavorável. Neste caso, mesmo que ainda não tenha havido a apresentação da contestação, a homologação da desistência do processo exige o consentimento do réu. Se houve revelia, não há necessidade de consentimento do demandado[29].

28. "Seria inaceitável que, após sofrer os ônus de ter de se defender da ação proposta, a desistência ainda independesse de sua concordância. Chamado a juízo, o réu tem o direito ao julgamento da lide, posição esta que coincide com o interesse do próprio Estado, ao qual não convém que os processos se encerrem sem solucionar o mérito, com a possibilidade de se reiniciarem a seguir, atravancando os juízos inutilmente, apenas para satisfazer um capricho do autor". (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2I, p. 404).

29. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 404. No mesmo sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro. "Anotações sobre a desistência da ação". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 3, p. 51. Contra, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 156.

Vale frisar que a recusa do réu à desistência deve ser motivada, sob pena de configuração de abuso de direito[30], conduta vedada pelo princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC). Afinal, para postular em juízo é preciso ter interesse (art. 17, CPC). A recusa do consentimento não pode ser fruto de mero capricho do réu.[31-32] Essa recusa considera-se motivada, por exemplo, pela alegação de que ele também faz jus à resolução do mérito da demanda contra si proposta[33]. A ausência de resposta do réu à homologação da desistência é entendida como sua anuência[34], em um exemplo de negócio jurídico unilateral omissivo no direito processual.

Há, porém, uma situação peculiar, em que o autor pode desistir da ação, independentemente do consentimento do réu que já contestou. Segundo o art. 338, CPC, caso o réu alegue ilegitimidade passiva, tem o autor o *direito potestativo de substitui-lo;* ou seja, nesse caso, o autor tem o direito de desistir do processo em face do réu originário e incluir outra pessoa no polo passivo. Não se exige, neste caso, para a homologação da desistência, o consentimento do réu. A regra é razoável: tendo alegado sua ilegitimidade, não poderia mesmo o réu negar a desistência do processo em relação a ele. Essa desistência não levará à extinção do processo, que prosseguirá em relação ao novo réu.

3.12.7. Efeito anexo da decisão que homologa a desistência da ação

A decisão que homologa a desistência tem, ainda, um efeito anexo, típico dos casos de extinção do processo sem exame do mérito: o juízo que a homologou fica prevento para julgar a demanda, se eventualmente ela for reproposta (art. 286, II, CPC).

3.12.8. Desistência da ação e julgamento de casos repetitivos

O CPC regula uma hipótese especial de desistência da ação. Trata-se da desistência oferecida em processo cujo objeto versa sobre tese jurídica resolvida em julgamento de recursos repetitivos.

---

30. STJ, 1ª T., REsp n. 1.184.935/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.09.2010, publicado no DJe de 17.11.2010.
31. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 394. Neste sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro. "Anotações sobre a desistência da ação". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 3, p. 52-53. Vale a pena conferir os seguintes julgados: 4ª T. do STJ, REsp 241.780/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.02.2000, DJ de 03.04.2000, p. 157; 6ª T. do STJ, Resp 115.642/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.09.1997, DJ de 13.10.1997, p. 51.660. REsp n. 1.318.558-RS, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 04.06.2013.
32. Mais correta era a redação do CPC-1939, que expressamente determinava a averiguação do interesse do réu em negar consentimento à desistência (art. 181, par. ún.): "A recusa do réu será rejeitada, se da desistência não lhe resultar prejuízo".
33. STJ, 3ª T., REsp n. 1.318.558-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 4.6.2013, publicado no informativo 526.
34. STJ, 3ª T., REsp n. 1.036.070/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 05.06.2012, publicado no DJe de 14.06.2012, informativo 499.

Nesse caso, a desistência não depende de consentimento do réu, ainda que tenha sido apresentada a contestação (art. 1.040, §3º). Se a desistência ocorrer antes de oferecida a contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência (art. 1.040, §2º) – trata-se, como se vê, de *sanção premial*, a estimular a desistência em causas repetitivas.

Há, ainda, outra regra.

Tendo sido instaurado *incidente de resolução de demandas repetitivas* (art. 976 e segs., CPC) ou julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos (art. 998, par. ún. CPC), a desistência da causa não impede o exame do mérito do incidente (art. 976, §1º, CPC). Essa regra decorre do fato de o julgamento de casos repetitivos ser um procedimento coletivo (o objeto litigioso do incidente consiste na definição de uma tese jurídica aplicável a causas homogêneas).

3.12.9. Caso especial: desistência no caso de ente federal ser réu

O *caput* do art. 3º da Lei n. 9.469/1997 determina que os representantes judiciais da União, suas autarquias e fundações, bem como das empresas públicas federais, só podem concordar com a desistência da causa se o autor renunciar ao direito sobre que se funda a demanda.

Como não bastasse a desistência, o autor há de renunciar ao direito, de modo que a decisão fique acobertada pela coisa julgada material.

O STJ já entendeu que a recusa do Poder Público, no caso, prescinde de motivação, bastando a referência ao art. 3º[35]. Embora se trate, realmente, de um direito potestativo processual do Poder Público, como qualquer outro direito, não pode ser exercitado de maneira abusiva.

A regra prevista no *caput* do art. 3º da Lei n. 9.469/1997 não incide, quando a desistência decorrer de prévio requerimento do autor dirigido à administração pública federal, para apreciação de pedido administrativo com o mesmo objeto da ação (art. 3º, par. ún., Lei n. 9.469/1997, acrescentado pela Lei n. 11.941/2009). Trata-se de regra que estimula a que se busque, extrajudicialmente, a solução do conflito em face do Poder Público.

3.12.10. Desistência em processo coletivo

A desistência do processo coletivo tem regramento expresso.

35. STJ, 2ª T., REsp n. 1.304.080/AL, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 20.09.2012, publicado no DJe de 10.10.2012

Quando a associação autora desiste da causa, sem apresentar justificativa, autoriza-se que outro colegitimado à propositura da demanda coletiva, inclusive o Ministério Público, suceda a associação desistente, assumindo a posição ativa do processo (art. 5º, § 3º, Lei n. 7.347/1985). Não ADI e na ADC (Lei n. 9.868/1999, arts. 5º e 16), a opção legislativa é ainda mais radical: simplesmente não se admite a desistência.

3.12.11. Desistência e despesas processuais

Caberá ao autor o pagamento das custas processuais remanescentes (art. 90 do CPC; art. 14, § 1º, Lei n. 9.289/1996). Se parcial a desistência, a responsabilidade pelas despesas processuais será proporcional à parte de que se desistiu (art. 90, §1º, do CPC).

3.13. Falecimento do autor e intransmissibilidade do direito litigioso

O inciso IX do art. 485 diz que o processo será extinto, sem exame do mérito, em caso de morte da parte, quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal.

O que determina a extinção do processo, nestas situações, é um fato jurídico composto: a morte do autor associada ao fato de que o direito litigioso é intransmissível. Não é a simples intransmissibilidade do direito que determina a extinção do processo. Há direitos que são intransmissíveis de forma absoluta; há outros que podem ser transmitidos, se o antigo titular já tiver ajuizado demanda para reconhecê-los/efetivá-los – neste caso, se "inibe o ajuizamento da ação ainda não aforada, mas não obsta o prosseguimento da que já se propusera".[36]

O CPC-2015 corrige imprecisão do CPC-1973, que, no dispositivo correspondente (art. 267, IX), determinava a extinção do processo no caso de a ação ser intransmissível, quando, de fato, o que autoriza a extinção do processo é a morte do autor *conjugada* com a intransmissibilidade do direito litigioso.

> Cumpre lembrar que os direitos da personalidade são, em regra, intransmissíveis (art. 11 do Código Civil).
>
> O falecimento de um dos cônjuges põe termo à ação de divórcio, eis que essa parcela da demanda é intransmissível. Se a demanda contiver parte transmissível e parte intransmissível, nada impede que prossiga em relação àquela parcela, com a habilitação dos herdeiros[37].

36. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 395.
37. NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, nota 46 ao art. 267.

3.14. Análise do § 3º do art. 485 do CPC

As matérias tratadas pelos incisos IV, V, VI e IX do art. 485 do CPC podem ser conhecidas *ex officio* pelo órgão jurisdicional, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado (art. 485, §3º, CPC). Ressalvada a morte do autor (inciso IX), as demais são questões relativas à admissibilidade (validade) do processo, e, uma vez verificadas, impedem o seu exame.

Algumas observações se fazem absolutamente necessárias:

a) Nem toda falta de pressuposto processual (art. 485, IV, CPC) pode ser levada em consideração *ex officio* pelo magistrado, como ocorre com a incompetência relativa (falta de pressuposto processual subjetivo relacionado ao juízo) e com a existência de convenção de arbitragem.

b) O fato de a questão poder ser conhecida de ofício pelo juiz não impede que haja preclusão em torno dela. O tema foi examinado no capítulo sobre o julgamento conforme o estado do processo.

c) É importante esclarecer o que significa a locução "qualquer tempo e grau de jurisdição", que consta desse §3º. A interpretação é literal: significa qualquer grau de jurisdição, mesmo, ordinário ou extraordinário.

Exige-se, nos recursos extraordinários, o pré-questionamento da questão de direito que se pretenda levar à apreciação dos tribunais superiores. Considera-se pré-questionamento a manifestação, pelo tribunal recorrido, acerca da mencionada questão jurídica. Assim, por exemplo, se se quiser levar à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial, a análise de uma questão sobre a ilegitimidade, é necessário que sobre ela tenha havido o pré-questionamento.

Sucede que, se o recurso extraordinário/especial for interposto por outro motivo, e for conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer *ex officio* ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aquelas previstas no § 3º do art. 485). Perceba: não é possível que uma destas questões seja objeto (causa de pedir e pedido recursais) de recurso extraordinário/especial sem que tenha havido o pré-questionamento, mas uma vez examinado o recurso, que, por exemplo, tenha outro fundamento, os tribunais superiores poderão aplicar o §3º do art. 485 do CPC.

A solução do problema passa pelo correto entendimento do enunciado 456 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". No mesmo sentido, o art. 257, RISTJ,[38] e o art. 324,

38. "No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie."

RISTF.[39] É como afirma Barbosa Moreira: "Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à *quaestio iuris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão *a quo*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga 'a causa'...".[40]

O tema volta a ser examinado no v. 3 deste *Curso*, no capítulo dedicado aos recursos extraordinários.

d) O CPC deixou claro que a possibilidade de conhecimento de tais questões possui como limite temporal o "transito em julgado". Corretíssima regra: após o trânsito em julgado, esses defeitos processuais convertem-se em hipóteses de rescindibilidade (art. 966, CPC).

e) O §3º do art. 267 do CPC-1973, que corresponde ao §3º do art. 485- do CPC-2015, continha um trecho final que cumpria importante função ética: as questões poderiam ser conhecidas a qualquer tempo, "todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento".

Esse excerto desapareceu do CPC-2015. Isso não quer dizer, obviamente, que a alegação de tais questões em momento posterior ao da primeira oportunidade de falar nos autos, sem qualquer justificativa, seja considerada um comportamento *lícito*. O princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC) impede o abuso do direito no processo. A alegação atrasada e injustificada de tais questões é um clássico exemplo de comportamento contrário à ética processual, e continuará sendo *ilícito*, a partir da concretização do princípio da boa-fé processual.

4. DECISÕES QUE EXAMINAM O MÉRITO (ART. 487 DO CPC)

4.1. Observação introdutória

O art. 487 cuida das hipóteses em que a decisão judicial resolve o mérito da causa.

A expressão *resolução de mérito*, prevista no *caput* do dispositivo, é mais adequada, pois mais abrangente. Correta a lição de Adroaldo Furtado Fabrício, inspirador da redação do dispositivo: "...a expressão 'resolução de mérito' traduziria

39. "No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie."

40. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 596.

melhor a ideia que aí se contém do que a locução utilizada. Com efeito, aí se agrupam duas classes bem distintas de sentenças: as que efetivamente contêm julgamento, verdadeira heterocomposição jurisdicional do litígio, e as limitadas à constatação e certificação de seu desaparecimento por ato de parte ou das partes".[41]

Ou seja: o art. 487 prevê situações em que o órgão jurisdicional resolve o mérito por julgamento (heterocomposição), como nos casos dos incisos I e II, ou por homologação de autocomposição, como no caso do inciso III. De fato, na última hipótese, a decisão que se profere é homologatória, "sem outra função que a de 'equiparar' a eficácia do ato extintivo da parte, ou das partes, àquela do ato de julgamento. Qual envoltório transparente, que deixa ver o conteúdo, a sentença apenas reveste, sem ocultá-lo, o verdadeiro ato extintivo do processo e da lide, que é ato da parte ou das partes".[42-43]

De todo modo, em qualquer caso haverá decisão de mérito, apta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

> Permite-se, como se viu, decisão parcial sobre o mérito da causa, seja um julgamento antecipado parcial (art. 356, CPC), seja, por exemplo, o reconhecimento de prescrição de um dos pedidos cumulados (art. 354, par. ún., CPC).

4.2. Julgamento do mérito: a procedência e a improcedência

4.2.1. Generalidades

O inciso I do art. 487 cuida da principal hipótese de extinção do processo com resolução do mérito: trata-se do julgamento do objeto litigioso do processo. Considera-se decisão de mérito, no caso, quando o órgão jurisdicional acolhe ou rejeita, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.

Chama-se de procedência o julgamento em que o magistrado acolhe o pedido; improcedência, por conseguinte, é a conclusão a que se chega quando o pedido não pôde ser acolhido. O objeto litigioso, como examinado no capítulo sobre a Teoria da Cognição, é formado pela afirmação do direito feita pelo demandante e, se for o caso, pela afirmação do contradireito feita pelo demandado em sua defesa.

---

41. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 367.
42. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 368. Em sentido semelhante, MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed., cit., p. 414-415.
43. "Seja como for, ninguém porá em dúvida que, quando se configura a prescrição ou a decadência, e bem assim quando validamente se dá o reconhecimento do pedido, a transação ou a renúncia, o prosseguimento do processo não fica excluído em razão da inutilidade, senão da desnecessidade. Não é que se prenuncie inatingível a meta normal: ao contrário, é que a ela se tem acesso *imediato*, independentemente de qualquer indagação suplementar". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC", cit., p. 86).

É possível que ocorra a chamada procedência parcial: quando se pleiteia uma indenização "X" e o magistrado concede "X – Y", p. ex. Porém, não se deve confundir essa situação com outra, que é parecida, mas, por isso mesmo, distinta: se o magistrado acolhe um dos pedidos cumulados, rejeitando os demais, não há procedência parcial, mas, sim, procedência de um pedido e improcedência do(s) outro(s). Em razão da cumulação de pedidos, deve o magistrado, na sentença, examinar cada um deles separadamente, dando-lhes a respectiva e merecida solução.

A improcedência do pedido do autor pode lastrear-se em diversos fundamentos, tais como:

a) não ocorrência do fato gerador do direito afirmado pela parte;

b) embora o fato afirmado pelo demandante tenha ocorrido, ele não tem aptidão para produzir o direito cujo reconhecimento se buscava;

c) reconhecimento de fato impeditivo da formação do direito afirmado pelo demandante;

d) o direito afirmado existia, mas fato superveniente à propositura da demanda o extinguiu ou retirou sua eficácia;

e) reconhecimento de um contradireito, exercido pelo réu, que extingue o direito afirmado pelo autor, ou neutraliza os seus efeitos;

f) a ausência de prova dos fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor.

Mutatis mutandis, esses fundamentos se aplicam à improcedência do pedido do réu relativo ao seu contradireito, exercitado em defesa.

4.2.2. A decisão que não acolhe a afirmação de contradireito como uma decisão de mérito

O reconhecimento de um contradireito afirmado pelo réu pode levar à improcedência do pedido do autor, conforme visto acima. Mas o que acontece quando a afirmação do contradireito feita pelo réu é *rejeitada* pelo juiz?

O problema gira em torno da natureza dessa decisão.

Tomemos o exemplo da prescrição, que é um contradireito.

O art. 487, II, CPC, dispõe que a decisão é de mérito quando *decide* sobre a prescrição. Decidir sobre a prescrição é acolhê-la ou rejeitá-la.

> Há, neste ponto, sutil diferença em relação ao correspondente do CPC-1973 (art. 269, IV), que mencionava apenas a decisão que *pronunciava* a prescrição; ou seja, que acolhia a exceção substancial – sem mencionar a hipótese de decisão que rejeita a prescrição, fato

> que levou parcela da doutrina a considerar como de mérito apenas a decisão que a acolhe[44].
>
> A nova redação impede que se chegue a essa conclusão. A mudança do verbo não foi por acaso.

Conforme visto no capítulo sobre a Teoria da Cognição, quando exerce um contradireito, em defesa, o réu amplia o mérito (o objeto litigioso do processo). A afirmação do contradireito comporá o mérito da causa, ao lado da afirmação do direito feita pelo autor – sobre a afirmação de contradireitos pelo réu, ver o capítulo sobre resposta do réu, neste volume do *Curso*.

A prescrição é exemplo de contradireito. A decisão que não acolhe a prescrição resolve parte do mérito da causa – a parcela relacionada à afirmação do contradireito.

Se não fosse assim, teríamos uma situação esdrúxula. Um direito (o contradireito) é afirmado em juízo, discutido em contraditório e decidido; se a afirmação for considerada procedente, há decisão de mérito e coisa julgada; se a afirmação for considerada improcedente, não há decisão de mérito e, pois, também não há coisa julgada. Teríamos uma coisa julgada *secundum eventum litis* – coisa julgada que surge de acordo com o resultado do processo –, em grave ofensa ao princípio da igualdade. Ou seja: decisão que não acolhe esse tipo de direito (o contradireito) jamais se submeteria à coisa julgada. Caso raro, possivelmente único, de direito que, mesmo não reconhecido judicialmente, poderia ser exercitado novamente, já que não haveria o óbice da coisa julgada.

Essa é mais uma razão para entender que a afirmação de contradireito pelo réu compõe o objeto litigioso do processo. É muito importante perceber isso, frise-se novamente.

A decisão que não acolhe a afirmação de contradireito é decisão de improcedência desta afirmação. Como tal, se subsome ao inciso I do art. 487 (ou ao inciso II, que cuida da prescrição, mas que pode ser aplicado por analogia à rejeição dos demais contradireitos). É decisão de mérito, apta à coisa julgada[45].

---

44. Defendiam, à luz do direito anterior, que apenas a decisão que *reconhece* a prescrição é de mérito: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pelegrini Grinover*. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 198-199; NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2012, comentários ao artigo 269; CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91-93; ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. *A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 412-414.

45. Nesse sentido, enunciado n. 161 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "É de mérito a decisão que rejeita a alegação de prescrição ou de decadência".

4.3. Homologação da autocomposição das partes

O inciso III do art. 487 cuida de um mesmo gênero de decisão: a decisão homologatória da autocomposição, pondo fim à controvérsia. Não há aqui, verdadeiramente, heterocomposição. Nada obstante, é decisão de mérito, apta a ficar imune pela coisa julgada material, passível, portanto, de ser alvo de futura ação rescisória.

O CPC-2015 corrige a redação do CPC-1973: o que extingue o processo é a *homologação* da autocomposição e, não, a autocomposição. NO CPC-1973, dizia-se que a transação extingue o processo (art. 269, III); no CPC-2015, de forma mais precisa, é a homologação da transação que gera esse efeito (art. 487, III, "b")

Transação é o negócio jurídico pelo qual as partes põem fim (ou o previnem) consensualmente ao litígio, após concessões mútuas (art. 840 do Código Civil); renúncia ao direito sobre o que se funda a demanda é o ato abdicativo pelo qual o demandante reconhece não possuir o direito alegado; o reconhecimento da procedência do pedido é a conduta do demandado que admite a procedência do pedido que lhe foi dirigido (submissão). São hipóteses de autocomposição, solução negocial do conflito.

> A Fazenda Nacional pode reconhecer a procedência do pedido, quando ele for baseado em precedente firmado em julgamento de recursos repetitivos ou estiver fundado em ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro da Fazenda, baseado na "jurisprudência pacífica" de Tribunal Superior (art. 19 da Lei n. 10.522/2002). Nesse caso, a Fazenda Pública não será condenada ao pagamento de honorários advocatícios.

Não se pode confundir transação com autocomposição, que é gênero do qual aquela é espécie. É possível autocomposição sem transação, como nas hipóteses de renúncia ao direito sobre o qual se funda a demanda (art. 487, III, "c") ou reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, "a").[46] As alíneas do inciso III do art. 487 cuidam de hipóteses de homologação de autocomposição. Em razão de suas semelhanças, merecem receber um tratamento dogmático geral para, somente após, serem apontadas as peculiaridades de cada uma das modalidades de solução consensual do conflito.

A autocomposição judicial, em qualquer de suas modalidades, pode operar-se por (a) documento elaborado extrajudicialmente, que, uma vez juntado aos autos, dispensa a sua redução a termo;[47] por (b) termo elaborado por escrivão ou chefe de secretaria (c) durante a audiência, quando constará em ata. A autocomposição pode ser homologada enquanto o processo estiver pendente (art. 139, V, CPC).

46. RODRIGUES, Geisa. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 147.
47. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. I, p. 283.

É possível que a autocomposição seja parcial – envolva apenas parte do mérito. Nestes casos, a homologação judicial, que será possível, não implicará a extinção do processo, mas, sim, a solução parcial do mérito e o prosseguimento da causa para o julgamento do restante. Não será, pois, sentença, mas decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento (art. 354, par. ún., CPC).

Também é possível que a autocomposição verse sobre aspecto que esteja fora dos limites do objeto litigioso. Nada impede que se incorpore à transação, p. ex., outra lide, estranha a que está sendo discutida, assim como outros sujeitos (art. 515, §2º, CPC).

> Essa possibilidade de ampliação do objeto litigioso para fim de conciliação enfraqueceu a preclusão determinada no art. 329, II, CPC, que impõe certa rigidez na alteração objetiva da demanda. É que agora, antes ou após a citação, pouco importa o momento, é possível ampliar o objeto litigioso do processo, ainda que apenas para que possa ser objeto de um acordo judicial.

É possível que a conciliação ocorra fora do âmbito do processo de conhecimento. É frequente a autocomposição em processo de execução (art. 924, III e IV, CPC).

Convém lembrar, também, que somente poderá ser homologada a autocomposição se a situação jurídica litigiosa a permitir. Para proceder à homologação, o órgão deverá verificar se a própria autocomposição é possível, se não há colusão ou simulação das partes (art. 142 do CPC) e se os advogados têm poder especial para tanto (art. 105 do CPC).[48-49] A homologação judicial do ato das partes tem basicamente dupla função: a) pôr fim ao processo; b) possibilitar a formação de coisa julgada.

É possível que a homologação da conciliação se dê já em fase recursal – que se inicia a partir da interposição do recurso –, quando deverá o requerimento ser dirigido ao relator da causa no tribunal.

A decisão judicial não é condição de eficácia do negócio jurídico pelo qual o litígio se resolve. O negócio jurídico produz efeitos entre as partes independentemente da homologação, cuja eficácia se restringe a determinar a extinção do

---

48. Observa Adroaldo Furtado Fabrício: "...a homologação judicial não é mecânica e obrigatória. Com efeito, mesmo sem ingressar no exame da substância do ato compositivo, da sua justeza e da sua conformidade ao direito objetivo material, exerce o juiz controle sobre o ato das partes ou da parte, no que diz com seus aspectos exteriores e formais. Assim, a homologação pode ser negada por tratar-se de direito indisponível [*rectius:* inconciliável], ou porque a alguma das partes faltava capacidade para o ato de disposição, ou por não se haver atendido determinado requisito de forma, quando imperativamente exigido para a espécie". ("Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 369).

49. A conciliação pressupõe a titularidade da *res in iudicium deducta* e, se feita pelo substituto processual, é ineficaz em relação ao substituído, salvo se houver autorização legal expressa em sentido contrário (Em Tratando do reconhecimento da procedência do pedido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reconhecimento do pedido". *Direito processual civil – ensaios e pareceres.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 104).

processo e dar azo à formação da coisa julgada,[50] conforme já visto. Ressalva-se, claro, a possibilidade de a homologação judicial da autocomposição ser posta como condição voluntária suspensiva pelos próprios negociantes: o negócio somente produziria efeitos após a homologação judicial.

O art. 90 do CPC cuida da distribuição do custo econômico do processo nos casos de autocomposição. O dispositivo é autoexplicativo: "Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu. § 1º Sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela à qual se renunciou ou da qual se desistiu. § 2º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente. § 3º Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver. § 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade". Na hipótese do §4º do art. 90, os honorários deverão ser fixados em 5% do valor reconhecido, já que 10% é o percentual mínimo (art. 85, §2º, CPC).

4.4. Decisão sobre a decadência ou a prescrição

Decadência e prescrição são fatos jurídicos que se relacionam com o passar do tempo e se referem à extinção ou encobrimento de determinada eficácia jurídica.

A decadência ou caducidade é a perda do direito potestativo[51] em razão do seu não exercício no prazo legal ou contratualmente estabelecido. Este prazo, em razão disso, recebe o nome de prazo decadencial, que pode ser legal (conhecível *ex officio* pelo juiz, art. 210 do Código Civil) ou convencional (não pode ser conhecida *ex officio*, art. 211 do Código Civil). A decadência, mesmo a convencional, é fato que pode ser alegado e examinado a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 211 do Código Civil).[52] O reconhecimento da decadência implica decisão de mérito (art. 332, §1º, e art. 487, II, CPC).

---

50. "Uma vez, porém, que o negócio jurídico da transação já se acha concluído entre as partes, impossível é a qualquer delas o arrependimento unilateral, mesmo que ainda não tenha sido homologado o acordo em Juízo. Ultimado o ajuste de vontade, por instrumento particular ou público, inclusive por termo nos autos, as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contraentes..." (THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 284.)
51. Sobre o assunto, fundamental a leitura de AMORIM FILHO, Agnelo. "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1997, n. 744, p. 725-750.
52. Cândido Dinamarco denomina, sem razão, a sentença que reconhece a decadência como "falsa sentença de mérito" (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 259).

Embora o art. 487, II, prescreva que a extinção do processo em razão da decadência pode dar-se *ex officio*, é preciso compatibilizar a regra com o Código Civil, que apenas autoriza o reconhecimento *ex officio* da decadência legal.

> Há uma situação, no entanto, que é bastante curiosa e merece análise separada. Uma vez reconhecida a decadência do direito ao procedimento especial do mandado de segurança, a extinção do processo não pode dar-se com base no art. 487, II, CPC: trata-se de extinção do processo sem resolução do mérito, pela ausência de um pressuposto processual (art. 485, IV, CPC).
>
> O prazo decadencial não diz respeito ao direito potestativo, eventualmente objeto do mandado de segurança. A decadência é do direito potestativo de escolha do procedimento especial. O que se perde, após o transcurso do prazo de cento e vinte dias, é apenas a opção de valer-se do procedimento magnânimo do mandado de segurança. A redação do dispositivo legal (art. 23 da Lei n. 12.016/2009), aliás, é muito clara neste sentido: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á...". O magistrado apenas constata a inexistência (extinção) do direito do autor de optar pela via procedimental do mandado de segurança, sem resolver o mérito da causa, que fica intocado.
>
> Trata-se de sentença que reconhece decadência que, no caso, é pressuposto processual: não pode o autor ter perdido o prazo para a escolha do procedimento, para que o procedimento especial do mandado de segurança se desenvolva validamente. A decadência do direito de escolha do procedimento, além de tratar-se de pressuposto processual está sempre prevista em lei, autorizando, também por isso, o reconhecimento *ex officio* da sua ocorrência.
>
> Relativiza-se, assim, a afirmação peremptória de que a decadência implica extinção do processo com resolução do mérito – o que só ocorre se se tratar da decadência do direito potestativo objeto do litígio, e não do direito potestativo de escolha do procedimento, que tem natureza pré-processual.

A prescrição encobre a eficácia de determinada pretensão, em razão do não exercício dela em determinado lapso de tempo (art. 189 do Código Civil). A prescrição pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 193 do Código Civil).

A decisão que acolhe a prescrição é decisão do mérito porquanto diga respeito à impossibilidade de obtenção da eficácia jurídica pretendida pelo autor – efetivação da prestação devida – em razão da perda de eficácia da pretensão. A prescrição está sempre relacionada aos direitos a uma prestação (o poder que alguém tem de exigir de outrem o cumprimento de determinada prestação: fazer, não-fazer e dar). A pretensão é uma situação jurídica ativa presente nas relações jurídicas que giram em torno do cumprimento de uma prestação. Reconhecer a prescrição é examinar

um dos elementos desta relação jurídica, pois. Se a relação jurídica discutida é exatamente o alvo da decisão judicial (o mérito), a decisão sobre a prescrição somente pode ser decisão de mérito. É absolutamente inadmissível relacionar a prescrição com a "extinção da ação processual" e, portanto, considerá-la como matéria estranha ao mérito da causa.

A decisão que reconhece (e também a que a rejeita, como vimos) a decadência ou a prescrição é decisão de mérito semelhante àquela que rejeita o pedido do demandante, porquanto reconheça a impossibilidade de concedê-lo em razão de um fato que encobre a eficácia da pretensão ou extingue o direito potestativo demandado; "nada tem de particular senão o motivo da desestimação do pedido".[53] Somente para evitar dúvidas é que o legislador cuidou de isolar esta hipótese de extinção do processo daquela prevista no inciso I do mesmo art. 487.

53. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 367.

CAPÍTULO 23

Suspensão do processo

Sumário • 1. Noções gerais – 2. Hipóteses de suspensão: 2.1. Morte ou perda da capacidade processual de parte, representante legal ou advogado; 2.2. Convenção das partes; 2.3. Arguição de impedimento ou suspeição; 2.4. Admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas; 2.5. Prejudicialidade ou preliminaridade externa (art. 313, V, "a"); 2.6. Depender da verificação de um fato ou da produção de uma prova (art. 313, V, "b"); 2.7. Força maior; 2.8. Pendência de processo perante tribunal marítimo; 2.9. Decisão de mérito depender da verificação da ocorrência de delito; 2.10. Suspensão do processo em razão da concessão de medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade; 2.11. Outros casos de suspensão – 3. Prática de atos durante a suspensão do processo

1. NOÇÕES GERAIS

O curso do processo pode, em razão de certos fatos, ficar suspenso *temporariamente*; esse fenômeno é chamado de suspensão do processo. A suspensão do processo não significa a suspensão dos *efeitos jurídicos* do processo (efeitos da litispendência); não há suspensão do conteúdo eficacial da relação jurídica processual.[1] Não obstante suspenso o processo, a coisa ou direito ainda é litigioso, permitindo a incidência do art. 109 do CPC.

Suspensão do processo é, apenas, a *suspensão do curso do procedimento*, a paralisação da marcha processual, com o veto a que se pratiquem atos processuais.

É preciso perceber, ainda, que a *suspensão do processo* pode dizer respeito à prática de apenas alguns atos processuais. Quando se diz, por exemplo, que a arguição de suspeição *suspende* o processo, é preciso que se entenda corretamente a prescrição normativa: o curso do procedimento principal fica paralisado, mas haverá prática de outros atos processuais necessários à resolução do incidente que acabou de ser instaurado.

> Há quem denomine de *suspensão própria* a paralisação total e irrestrita do processo, e de *suspensão imprópria*, quando "algo continua a mover-se no período de suspensão".[2]

A suspensão do processo depende de decisão judicial.

Costuma-se dizer que essa decisão teria conteúdo declaratório, pois o processo já "estaria suspenso" desde a data de ocorrência do fato jurídico causador da

1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 437; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 43ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 334.
2. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 497.

suspensão, ressalvadas as hipóteses do inciso IV e V do art. 313, em que a decisão seria constitutiva.[3]

A maior parte da doutrina parece confundir o conteúdo da decisão com a sua eficácia temporal: conforme vimos no capítulo sobre teoria da ação, é possível que uma decisão constitutiva produza efeitos retroativos, não sendo a limitação temporal da eficácia da decisão um dado essencial para distingui-la da decisão declaratória.

A decisão que suspende o processo é *constitutiva*, pois paralisa a atividade processual, ainda que se dê a essa decisão, como corretamente se costuma dar, uma *eficácia retroativa* até a data da ocorrência do fato jurídico que ensejou a suspensão.[4]

Pontes de Miranda entende que, no caso de morte da parte, do representante ou do procurador, a suspensão ocorre "desde que o juiz a conheça, com prova", mas com eficácia retroativa.[5]

A *suspensão do processo* é, ao lado da sua extinção sem resolução de mérito, manifestação daquilo que se convencionou chamar de *crise do procedimento* ou *crise da instância*, pois são situações em que o processo não atinge seu objetivo principal, que é a solução do seu objeto litigioso.[6]

Há uma última observação geral: salvo decisão judicial em contrário, a tutela antecipada conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo (art. 296, par. ún., CPC) – sobre a tutela antecipada, ver o capítulo respectivo no v. 2 deste *Curso*.

2. HIPÓTESES DE SUSPENSÃO

2.1. Morte ou perda da capacidade processual de parte, representante legal ou advogado

As primeiras hipóteses de suspensão relacionam-se às partes, aos seus representantes legais ou aos seus advogados.

---

3. "(...) o juiz não suspende o processo, declara-o suspenso; a causa não está no despacho e sim no fato gerador da suspensão. O ato do juiz não tem efeito constitutivo mas declaratório; logo, retroage ao momento em que ocorrera o fato gerador". (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 407-409.)
4. Em outros termos, mas em sentido semelhante: antes da decisão judicial "não há que se falar em processo suspenso, nada obstante eventual ato praticado entre os atos os fatos suspensivos e a decisão judicial seja ineficaz (...), porquanto a decisão jurisdicional nestes casos assume eficácia *ex tunc*... " (MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 499.) Helio Tornaghi entende que a suspensão depende de decisão judicial, embora *apenas* no inciso I do art. 265 ela tenha efeito retroativo (TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 313).
5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 440.
6. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2, p. 171.

São *partes* não apenas o *autor* e o *réu*, mas, também, o *assistente*,[7] o *denunciado*, o *opoente*, bem como os sujeitos que são apenas *partes* em um *incidente* (possuem apenas legitimidade incidental), como é o caso do *perito* ou do *juiz*, no incidente de suspeição ou impedimento.

O CPC menciona apenas *representante* da parte, não se compreendendo nessa rubrica o *presentante* da pessoa jurídica litigante. É que, "se uma pessoa física, órgão de pessoa jurídica, desaparece, outra lhe toma o lugar, sem que haja solução de continuidade no processo".[8]

Suspende-se o processo quando houver *morte* ou *perda da capacidade processual* das partes, representante legal e do advogado (art. 313, I, CPC). Onde se lê *morte* de uma das partes, deve-se ler, também, *extinção* de uma pessoa jurídica.[9]

A morte do autor pode dar ensejo à *extinção do processo*, se o direito litigioso for intransmissível (art. 485, IX, CPC; ver capítulo sobre a extinção do processo, neste volume do *Curso*).

No caso de morte da parte, o juiz suspenderá o processo, nos termos do art. 689, para que se proceda à habilitação dos sucessores (art. 313, §1º, CPC). Não ajuizada ação de habilitação, ao tomar conhecimento da morte de qualquer das partes o juiz determinará a suspensão do processo e observará o seguinte: I - falecido o réu, ordenará a intimação do autor para que promova a citação do respectivo espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, no prazo que designar, de no mínimo dois e no máximo seis meses; II - falecido o autor e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 313, §2º, CPC).

A morte ou perda da capacidade do representante legal da parte equivale à perda da capacidade processual da parte, já que ela fica sem alguém que possa representá-la processualmente. Nesse caso, aplica-se o art. 76 do CPC, que é autoexplicativo: "Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. § 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária: I – o processo será extinto, se a providência couber ao autor; II – o réu será considerado revel, se a providência lhe couber; III – o terceiro será

7. Corretamente, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 500.
8. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed., v. 2, cit., p. 391; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 501.
9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 441; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed., cit., v. 2, p. 390; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 501.

considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre. § 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator: I – não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente; II – determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido".

Cabe, porém, uma observação: se houver litisconsórcio ativo e apenas um dos autores não regularizar a sua capacidade processual, o processo não será extinto: esse autor incapaz será excluído do processo, que prosseguirá com os demais autores – essa decisão de exclusão é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, VII, CPC).

Verificada a morte do advogado da parte, o juiz suspenderá o processo, determinando o suprimento da capacidade postulatória, em quinze dias, mesmo que já iniciada a audiência de instrução e julgamento. Se o autor não constituir novo advogado, o processo será extinto sem resolução do mérito; se for o réu que não regularizar a sua representação judicial, o processo seguirá à sua revelia (art. 313, §3º, CPC).

Semelhantemente ao que acontece com a perda da capacidade processual, é claro que, se houver litisconsórcio ativo e apenas um dos autores não regularizar a sua capacidade postulatória, o processo não será extinto: esse autor relapso será excluído do processo, que prosseguirá com os demais autores – essa decisão de exclusão é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, VII, CPC).

> O § 3º do art. 313, CPC, menciona apenas o caso de *morte* do advogado. Mas, como o texto do inciso I do art. 313 demonstra, também é causa de suspensão do processo a *incapacidade* do advogado, que engloba não só a perda da capacidade genérica (o advogado foi interditado, por exemplo), como também a perda da capacidade postulatória, tendo em vista a ocorrência de alguma hipótese de restrição para o exercício da advocacia.[10]

Falecido o réu antes da citação, não é caso de *suspensão do processo*: cabe ao autor promover a citação do espólio ou sucessores.[11]

2.2. Convenção das partes

É lícita a suspensão convencional do processo (art. 313, II, CPC). De acordo com o § 4º do art. 314, essa suspensão nunca poderá exceder seis meses; findo o prazo, o escrivão ou chefe de secretaria fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo. Se as partes não convencionaram expressamente o prazo, subentende-se que optaram pelo prazo máximo.[12]

---

10. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed., v. 2, cit., p. 391; GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., 94; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 502.
11. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 94.
12. TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 319.

Trata-se de um negócio jurídico processual típico,[13] que se submete à aprovação do órgão jurisdicional para que possa produzir o seu efeito.[14]

Não há necessidade de motivação expressa no acordo de suspensão do processo, de modo que o magistrado não pode, em regra, recusar a homologação.[15]

> Conforme visto no capítulo sobre as normas processuais fundamentais, o princípio da eficiência exerce uma função interpretativa. Os enunciados normativos da legislação processual devem ser interpretados de modo a observar a eficiência. Dispositivos relacionados à suspensão do processo, por exemplo, que impõem um limite temporal máximo para a suspensão (art. 313, §4º, CPC), devem ser interpretados com temperamento: em certas situações, o prosseguimento do processo, após o vencimento do prazo máximo de suspensão, é medida que pode revelar-se extremamente ineficiente, sob o ponto de vista da administração do processo.

O STJ entendeu que, suspenso o processo mediante convenção das partes, não se poderia publicar uma decisão durante esse período e, mais ainda, ser realizada a contagem do respectivo prazo recursal. É que tal possibilidade violaria a proteção da boa-fé objetiva das partes, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e de seus corolários. Afirmou expressamente a Corte Superior que, "ao homologar a convenção pela suspensão do processo, o Poder Judiciário criou nos jurisdicionados a legítima expectativa de que o processo só voltaria a tramitar após o termo final do prazo convencionado. Por óbvio, não se pode admitir que, logo em seguida, seja praticado ato processual de ofício - publicação de decisão - e, ademais, considerá-lo como termo inicial do prazo recursal"[16].

2.3. Arguição de impedimento ou suspeição

A arguição de impedimento ou suspeição do juiz ou do órgão colegiado é causa de suspensão do processo (art. 313, III, CPC).

Esse incidente é sempre da competência de um tribunal; assim, será distribuído a um relator, que deverá declarar os efeitos em que recebe o incidente. Se for recebido sem efeito suspensivo, o processo voltará a correr; se com efeito suspensivo, permanecerá suspenso o processo até o julgamento do incidente (art. 146, §2º, CPC). Enquanto não for declarado o efeito em que é recebido o incidente ou

13. Em sentido diverso, por não admitir a categoria "negócio jurídico processual", MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 503.
14. Assim, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 503. Em sentido diverso, considerando não haver necessidade "do *placet* judicial", TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 318.
15. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 504.
16. STJ, 2ª T., REsp 1.306.463/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 04.09.2012, publicado no DJe de 11.09.2012.

quando este for recebido com efeito suspensivo, a tutela de urgência será requerida ao substituto legal do juiz tido como parcial (art. 146, §3º, CPC). Se à alegação não for atribuído o efeito suspensivo, a tutela de urgência será requerida ao próprio juiz acusado de suspeição ou impedimento.

Registre-se, de logo, que a exceção de impedimento/suspeição de membro do Ministério Público ou de auxiliar da justiça *não* suspende a marcha processual, de acordo com o § 1º do art. 148 do CPC.

2.4. Admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas

O inciso IV do art. 313 determina que o processo será suspenso pela admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e segs., CPC; sobre o assunto, ver o v. 3 deste *Curso*)[17].

> Na verdade, o inciso deveria referir-se à admissão do julgamento de casos repetitivos, gênero de que o incidente de resolução de demandas repetitivas é espécie. É que também no caso de julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos haverá suspensão do processo (art. 1037, II, CPC).

2.5. Prejudicialidade ou preliminaridade externa (art. 313, V, "a")

Como foi visto no capítulo sobre competência, em alguns casos pode haver conexão/continência entre causas pendentes sem que haja a reunião dos respectivos processos. Nessas situações, a melhor solução é determinar a suspensão do andamento de um dos processos conexos.

O art. 313, V, "a", do CPC permite a suspensão do processo, quando a sentença de mérito "depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente".

Examinemos a hipótese normativa.

a) Primeiramente, cabe pontuar a "sentença de mérito" que consta no enunciado da alínea "a" inciso V do art. 313 é qualquer decisão de mérito, inclusive acórdão. "Sentença", aqui, é termo utilizado em acepção ampla, como sinônimo de decisão judicial, qualquer decisão judicial, e não como uma de suas espécies.

b) O enunciado refere-se ao fato de o julgamento de uma causa pendente depender do julgamento de uma outra causa pendente. A dependência entre causas

17. Enunciado n. 92 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência".

pendentes deve ser compreendida como uma dependência lógica: a solução de uma causa depende logicamente da solução que se dê a outra. Assim, convém suspender a causa *dependente*, enquanto não se decide a causa *subordinante*.

A relação de dependência entre causas pendentes pode ocorrer de duas maneiras: *i)* uma causa é *prejudicial* a outra: a solução que se der a uma causa pode interferir na solução que se der a outra; *ii)* uma causa é *preliminar* a outra: a solução que ser a uma pode impedir o exame da outra. A diferença entre prejudicialidade e preliminaridade está posta no capítulo sobre a Teoria da Cognição Judicial.

Não custa lembrar, porém: pode ser objeto de uma demanda tanto uma questão prejudicial quanto uma questão preliminar.

A alínea "a" do inciso V do art. 313 do CPC refere-se à pendência de processo cujo objeto seja uma questão subordinante (ou prioritária), seja ela prejudicial ou preliminar. Os comentadores desse dispositivo normalmente fazem referência à existência de questão prejudicial externa, não mencionando a questão preliminar objeto de outro processo;[18] partem, pois, de premissa diversa, considerando que apenas a questão prejudicial pode ser objeto principal de um processo. Já se examinou o equívoco desta postura, precisamente identificado por Barbosa Moreira (ver, novamente, capítulo sobre a Teoria da Cognição). Bem examinada a alínea, não há qualquer referência a questão prejudicial, mas, sim, a questão prévia/prioritária, gênero de que a primeira, ao lado da questão preliminar, é espécie.

O que importa, neste momento, enfim, é frisar que a suspensão do processo deve ocorrer sempre que se verificar a relação de subordinação entre causas pendentes, pouco importa se essa relação é de prejudicialidade ou preliminaridade.

c) A suspensão do processo nessa hipótese tem um pressuposto negativo. Somente será suspenso o processo, se não for possível a reunião das causas pendentes em um mesmo juízo.[19] O vínculo de dependência (prejudicialidade ou preliminaridade), conforme já apontado, gera conexão, que, não implicando alteração de regra de competência absoluta ou reunião de causas que tramitem sob procedimento especial obrigatório, dá ensejo à reunião dos processos em um mesmo juízo.

Portanto somente haverá suspensão de um processo à espera do outro se não for possível reuni-los para processamento e julgamento simultâneos. Essa suspensão deve durar no máximo um ano (§ 4º do art. 313 do CPC). O magistrado, porém, deve observar com temperamento esta regra: se a suspensão é recomendável, em

18. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 97-99; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 337; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 400-401.
19. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 99; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 338.

razão do vínculo de subordinação lógica entre as causas pendentes, convém esperar pelo tempo que for necessário, desde que razoável, a decisão da causa prejudicial.[20]

2.6. Depender da verificação de um fato ou da produção de uma prova (art. 313, V, "b")

Suspende-se o processo se a sentença não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo (art. 313, V, "b", CPC). Trata-se de suspensão em razão de uma questão preliminar[21] ao exame de mérito: a questão prévia que condiciona o próprio exame da questão de mérito.

É importante atentar para o art. 377 do CPC: "A carta precatória, a carta rogatória e o auxílio direto suspenderão o julgamento da causa no caso previsto no art. 313, inciso V, alínea "b", quando, tendo sido requeridas antes da decisão de saneamento, a prova nelas solicitada for imprescindível".

Não basta ter sido requerida a expedição da carta ou o requerimento de auxílio direto antes da decisão de saneamento. É preciso que o objeto da carta *apresente-se como imprescindível* ao correto deslinde do processo. "Diligências fora do juízo da causa, não explicadas ou mal explicadas pela parte, ficarão a cargo do requerente, sem comprometer o desenvolvimento normal do processo".[22]

Essa suspensão deve durar no máximo um ano (§ 4º do art. 313 do CPC). Repete-se aqui a recomendação feita no final do item anterior quanto à necessidade de têmpera na aplicação do dispositivo.

2.7. Força maior

Admite-se a suspensão do processo em razão de *força maior* (art. 313, VI, CPC). Embora se trate de conceito juridicamente indeterminado, não pode o magistrado negar a suspensão do processo, uma vez verificada a *força extraordinária*: não há discricionariedade judicial no particular.

Como se trata de evento imprevisto e insuperável, estranho à vontade das partes, nada mais adequado do que dar à força maior a eficácia de suspender o processo, reforçando a regra do art. 223, § 1º, CPC, que permite superar a preclusão temporal em razão de justo motivo.

Aplica-se, aqui, a regra enunciada no item 1 deste capítulo: determinada a suspensão, a eficácia dessa decisão retroage à data da ocorrência do evento, considerando-se suspenso o processo desde então.

---

20. Nesse sentido: STJ, 3ª T., REsp n. 1.230.174/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 04.12.2012, publicado no DJe de 13.12.2012.
21. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 43ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 337.
22. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

2.8. Pendência de processo perante tribunal marítimo.

O art. 313, VII, determina a suspensão do processos, quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo. Trata-se de mais um dispositivo que prestigia o Tribunal Marítimo, no CPC-2015. Sobre a atuação do Tribunal Marítimo, ver o capítulo sobre jurisdição, neste volume, no item sobre os equivalentes jurisdicionais.

2.9. Decisão de mérito depender da verificação da ocorrência de delito.

O art. 315 do CPC determina que, se o conhecimento do mérito depender da verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal. Isso ocorre, por exemplo, na pendência de ação civil *ex delicto*: se no juízo penal for reconhecida a ausência de materialidade delitiva ou a negativa de autoria, a ação civil deverá ser julgada improcedente.

Rigorosamente, o caso se subsome à hipótese da alínea "a" do inciso V do art. 313, mas o legislador houve por bem especificar esta situação, para minimizar as dúvidas.

Se a ação penal não for proposta no prazo de três meses, contado da intimação do ato que determinou a suspensão, cessará o efeito desta, incumbindo ao juiz cível examinar a questão penal *incidenter tantum* (art. 315, §1º, CPC). Proposta a ação penal, o processo civil ficará suspenso pelo prazo máximo de um ano, ao final do qual, não havendo solução no juízo penal, incumbirá ao juízo cível, do mesmo modo, examinar incidentalmente a questão penal (art. 315, §2º, CPC).

2.10. Suspensão do processo em razão da concessão de medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade

Há um caso importante de suspensão do processo, previsto em legislação extravagante, que é digno de nota. A jurisprudência já admitia, mesmo sem autorização legislativa, a concessão de medida de urgência em processo da ação declaratória de constitucionalidade.[23] Atualmente, essa possibilidade está prevista no art. 21 da Lei 9.868/1999, que permite que o relator determine aos juízes e tribunais que suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo pelo STF. Uma vez deferida essa especí-

23. "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º , da C.F. (...) Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342." (ADC 4 MC/DF, Trib. Pleno do STF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 11/02/1998, DJ 21/05/1999, p. 2).

fica providência, ela conservará a sua eficácia até o julgamento definitivo da questão pelo STF, desde que esse julgamento ocorra dentro de cento e oitenta dias, contados da publicação da decisão na imprensa oficial (art. 21, par. ún., da Lei 9.868/1999).

Ives Gandra da Silva Martins admite que esse prazo de cento e oitenta dias seja prorrogado, mantendo-se, durante a prorrogação, a plena eficácia da medida, isto é, a suspensão dos processos em que se discute o ato objeto da ADC.[24] Tal interpretação não nos parece razoável. Por mais que se entenda improvável, em virtude do acúmulo de trabalho, que o STF delibere definitivamente sobre a questão em cento e oitenta dias, exigir que o jurisdicionado cujo processo esteja suspenso aguarde um período de tempo maior do que o previsto em lei terminaria por aniquilar o princípio (e promessa) da efetividade da tutela jurisdicional. Seja por falta de permissivo legal, seja por homenagem a essa garantia constitucional, entendemos que, vencidos os cento e oitenta dias a que alude a lei, a medida perde a sua eficácia, podendo as instâncias inferiores prosseguir no julgamento dos processos que estavam suspensos, proferindo, elas próprias, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, os seus respectivos juízos de valor sobre o ato normativo que também é objeto da ADC.

Não se pode esquecer que, por mais que repouse apenas sobre os pressupostos que lhe são inerentes – o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* –, a decisão que defere a medida de urgência normalmente acena para o entendimento que será adotado no julgamento definitivo, o que, de certa forma, já serve como direcionamento para o juízo a ser feito pelas instâncias inferiores. De mais a mais, se o caso concreto justificar, nada impede que o próprio magistrado condutor do feito o suspenda, com base no art. 313 do CPC, até que o STF decida definitivamente a questão. Mas aí se terá uma suspensão pontual, fundada no caso concreto e passível de controle por via recursal.

2.11. Outros casos de suspensão

O art. 313 do CPC não exaure as hipóteses de suspensão do processo.

Há outras previstas tanto no CPC quanto na legislação extravagante. Eis alguns exemplos: *a)* em razão da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 134, §3º, do CPC); *b)* em razão da impugnação ao cumprimento da sentença (art. 525, §5º, do CPC); *c)* em razão da oposição (art. 685, par. ún., do CPC); *d)* em razão da oposição de embargos à execução (art. 919, §1º, CPC); *e)* na execução (art. 921, CPC) etc.

Ainda há um ponto a ser observado.

24. MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 283.

A Lei n. 11.417/2006 regulamentou a edição, revisão e cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional. Deixou claro o legislador que a "proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante *não autoriza a suspensão dos processos* em que se discuta a mesma questão" (art. 6º).

> O Município não é legitimado a propor *autonomamente* a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante do STF em matéria constitucional, na forma do *caput* do art. 3º da Lei n. 11.417/2006.[25] No entanto, nos termos do § 1º deste dispositivo, o Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que *não autoriza a suspensão* do processo.

3. PRÁTICA DE ATOS DURANTE A SUSPENSÃO DO PROCESSO

O art. 314 do CPC prescreve ser proibida a prática de qualquer ato processual durante a suspensão do processo, ressalvando a possibilidade de o magistrado determinar a realização de atos urgentes, para evitar dano irreparável. Em suma, é possível a concessão de tutela antecipada de urgência durante a suspensão do processo.

Ressalva-se, porém, o caso de a suspensão do processo decorrer da arguição da suspeição ou do impedimento do juiz; nessas situações, o juiz tido como suspeito ou impedido *não pode conceder tutela de urgência*. A proibição é importante e corretíssima. Durante a suspensão, a tutela de urgência deverá ser requerida ao substituto legal do juiz (art. 146, §3º, CPC).

Mas pode acontecer de a alegação da suspeição ou impedimento *não suspender* o processo, se o relator não lhe atribuir esse efeito; nesse caso, a tutela de urgência será requerida ao próprio juiz acusado de suspeição ou impedimento, já que não se prolongou a suspensão.

A confusão quanto à natureza jurídica do ato processual praticado durante a suspensão do processo pode ser sintetizada na seguinte lição de Frederico Marques: "E como a proibição do art. 266 é expressa e categórica, o ato seria inexistente, ou, pelo menos, destituído de qualquer eficácia ou validade, salvo tratando-se

25. Eis os legitimados: "I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares".

de atos urgentes...".[26] O ato processual praticado durante a suspensão é *inexistente*, *inválido* ou *ineficaz?*

Pontes de Miranda[27] e Egas Moniz de Aragão reputam-no *inexistente*, pois "falta o pressuposto da pendência da causa".[28] Sendo *inexistente*, não se lhe podem aplicar, por exemplo, as regras jurídicas do sistema de invalidades processuais; é insuprível, "a realização posterior é *ex novo*, porque não se repete o que não é".[29]

Não parece tratar-se de ato juridicamente inexistente, até porque se trata de ato proibido e, pois, ilícito, portanto existente.

Talvez a melhor solução seja considerar que a prática de ato na pendência da suspensão do processo seja conduta ilícita que possa, eventualmente, causar a invalidação ou a simples ineficácia momentânea do ato processual que se realizou.

A consequência mais grave, como se percebe, é a invalidação do ato. Como foi demonstrado no capítulo dedicado ao estudo das invalidades processuais, o defeito do ato processual somente gera nulidade se houver prejuízo. Partindo da premissa de que a vedação à prática de atos processuais durante a paralisação do processo decorre da garantia do devido processo legal, sendo regra que dá efetividade à segurança jurídica e ao contraditório, só haverá invalidade se esses bens jurídicos forem afetados.

> Comentando o problema em relação ao inciso I do art. 265 do CPC-1973, equivalente ao inciso I do art. 313 do CPC, eis a lição de Leonardo Greco: "O que importa é verificar se, em virtude do falecimento, deixou de ocorrer algum fato, deixou a parte de exercer alguma prerrogativa inerente ao seu direito de defesa, ou deixou de ser praticado algum ato relevante, que poderia ter sido praticado, porque, sendo o processo em uma relação jurídica em constante evolução, nem sempre por ocasião da morte o processo se encontrava em momento apto a que o falecido pudesse intervir ou praticar algum ato útil".[30]
>
> E arremata: "Suponhamos que a audiência tenha terminado, que o juiz tenha mandado que os autos lhe viessem conclusos para sentença e que, depois do término da audiência, mas antes da prolação da sentença, a parte veio a falecer. O fato não é de imediato levado ao conhecimento do juiz que, ignorando-o, dá a sentença. Essa

26. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3, p. 92. A menção é ao art. 266 do CPC/1973, correspondente ao art. 313 do CPC.
27. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 460.
28. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 411.
29. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 460.
30. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1995, n. 80, p. 91.

> sentença, por acaso, será nula ou ineficaz? Parece-me que não, porque nesse interregno entre a morte da parte e a sua comunicação ao juiz nenhum ato poderia ter sido praticado, seja pela parte, seja pelo seu procurador".[31]

Convém lembrar, porém, que só é permitido invalidar um ato processual se não for possível aproveitá-lo. Assim, mais comum e recomendável é retirar a eficácia do ato praticado durante o período de suspensão, mantendo-o, porém, incólume (sem invalidá-lo), reputando-o praticado "no exato momento em que findo o período de espera, economizando-se a atividade processual já despendida".[32] Excelente é o exemplo de Leonardo Greco: se a morte da parte ocorre antes da prolação da sentença, mas o tribunal somente dela teve conhecimento meses depois de publicada a decisão, não é caso de invalidá-la, mas, sim, de devolver aos sucessores o prazo recursal, como se a decisão tivesse sido publicada somente agora.[33]

> Perceba que se, no exemplo acima, a morte fosse posterior à prolação da sentença, indiscutivelmente não seria caso de invalidade, pois se trata de fato posterior à decisão. Conforme visto no capítulo sobre invalidades processuais, o exame da validade de um ato jurídico deve atentar para os seus requisitos *na data em que foi realizado*.
>
> A situação, inclusive, é regulada expressamente pelo art. 1.004 do CPC.

31. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 91.
32. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 512.
33. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 92.

sentença, por acaso, será nula ou ineficaz? Parece-me que não, porque nesse interregno entre a morte da parte e a sua comunicação ao juiz nenhum ato poderia ter sido praticado, seja pela parte, seja pelo seu procurador".[7]

Convém lembrar, porém, que só é permitido invalidar um ato processual se não for possível aproveitá-lo. Assim, mais comum e recomendável é retirar a eficácia do ato praticado durante o período de suspensão, mantendo-o, porém, incólume (sem invalidá-lo), reputando-o praticado "no exato momento em que findo o período de espera, economizando-se a atividade processual já despendida".[8] Excelente é o exemplo de Leonardo Greco: se a morte da parte ocorre antes da prolação da sentença, mas o tribunal somente dela teve conhecimento meses depois de publicada a decisão, não é caso de invalidá-la, mas, sim, de devolver aos sucessores o prazo recursal, como se a decisão tivesse sido publicada somente agora.[9]

Percebe-se que se, no exemplo acima, a morte fosse posterior à prolação da sentença, indiscutivelmente não seria caso de invalidade, pois se trata de fato posterior à decisão. Conforme visto no capítulo sobre invalidades processuais, o exame da validade de um ato jurídico deve atentar para os seus requisitos no data em que foi realizado.

A situação, inclusive, é [illegible] expressamente [illegible] no CPC.

[7] GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 91.
[8] MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, t. 2, cit., p. 512.
[9] GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 92.

Bibliografia

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ABÍLIO NETO. *Código de processo civil anotado*. 16 ed. Lisboa: Ediforum, 2001.

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *Igualdade e processo civil – perfis conceitual, funcional e estrutural do direito fundamental à isonomia no processo civil do Estado Constitucional*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

AGUIAR, José Pestana. *Comentários ao código de processo civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1977.

ALBERTON, Genacéia da Silva. "A desconsideração da pessoa jurídica no código do consumidor – Aspectos Processuais". Em: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT,. v. 7.

_____. *Assistência litisconsorcial*. São Paulo: RT, 1994.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. "Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como o art. 3º da Lei 11.280/06 subverteu de forma a técnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2006, n. 25.

ALCALA ZAMORA y CASTILHO, Niceto. *Proceso autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos sobre a ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001.

ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. *A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

ALVES, Gabriela Pellegrina; AZEVEDO, Júlio de Camargo. "Condições da ação e novo Código de Processo Civil". *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, 2014, n. 14.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil Comentado*. Ricardo Fiúza (coord.). São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1999. v.1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Teoria geral do processo*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Tratado de direito processual civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1990, v. 1.

_____. "Impossibilidade de substituição processual voluntária face ao Código de Processo Civil". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1977, n. 5.

_____. *Tratado de Direito Processual Civil.* São Paulo: RT, 1990.

_____. *Manual de Direito Processual Civil.* 7 ed. São Paulo: RT, 2000. v. 1.

_____. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: RT, 1975, v. 1.

_____. *Código de Defesa do Consumidor Comentado.* 2 ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Manual de direito processual civil.* 7 ed. São Paulo: RT, 2001, v. 2.

_____. *et alii. Código de Defesa do Consumidor Comentado.* 2 ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. "A 'perpetuatio jurisdictionis' no Código de Processo Civil". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1976, n. 4".

_____. "Da prescrição intercorrente". *Prescrição no Código Civil – uma análise interdisciplinar.* 2 ed. Mirna Cianci (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. "Dogmática jurídica e o Novo Código de Processo Civil". *Revista de Processo* São Paulo: RT, 1976.

_____. *Manual de Direito Processual Civil.* 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2.

_____. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: RT, 1975, v. 2.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada.* São Paulo: RT, 1977.

_____. *O direito processual de estar em juízo.* São Paulo: RT, 1996.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

AMARO, Luciano. "Desconsideração da pessoa jurídica no CDC". *Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: RT, n. 5.

AMORIM FILHO, Agnelo. *"Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, 1997, n. 744.

ANDRADE, Érico. "As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2011, n. 193.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 2 ed. Lisboa: Almedina, 2001.

ANDRADE, Luis Antônio. *Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil (processo de conhecimento).* Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1974.

ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System.* Oxford: Oxford Press, 2003.

ANGELOTTI, Dante. *Teoria generale del processo.* Roma: Libreria Forense, 1951.

ANNONI, Danielle. *A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada.* Rio de Janeiro, 1992.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2.

_____. "Conexão e tríplice identidade". Em: *Revista AJURIS.* Porto Alegre: AJURIS, 1983. n. 28.

_____. "Preclusão". *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. "Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2002, n. 108, 09-22.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2.

_____. "Notas sobre o foro de eleição". Em: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 99.

_____. "Sobre o chamamento à autoria". Em: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1982.

ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo e saneamento*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Assistência e intervenção da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

_____. "O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes". In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11.

_____. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

_____. "Dos embargos de terceiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 62.

ARENAL, María Amparo Renedo. "Conveniencia del estudio de le Teoría General del Derecho Procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo". *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

ASPRELLA, Cristina. *La translation iudicii: trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (l. n. 69/2009)*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. "Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade". Em: *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

_____. "Substituição processual". Em:*Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09.

_____. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". Em: *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Manual do processo de execução*. 7 ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional". *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2004.

_____. *Locação e despejo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'". *Interesses públicos versus interesses privados*. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. "O que é 'devido processo legal'?". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 163.

_____. "Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp, acesso em 21.10.2009, 14h02.

_____. "Subsunção e concreção na aplicação do direito". Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

_____. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006.

_____. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. "Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005, p. 24. Disponível em www.direitodoestado.com.br, acesso em 22.12.2012, às 06h29.

_____. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*. 8 ed. São Paulo: Livraria acadêmica, 1935.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. I, Tomo II. São Paulo: Forense, 1975.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. I.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. "Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz". Em: OLIVEIRA, C. A. Alvaro de (coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1992.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 23 dez. 2007.

_____. "Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro". *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. "Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais". *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, n. 2.

BATISTA, Lia Carolina. "Pressupostos processuais e efetividade do processo civil - uma tentativa de sistematização". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 214.

BAUMGÄRTEL, Gottfried. "Treu und Glauben im Zivilprozess". *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1973, n. 86, Heft 3.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo Malheiros Ed., 2009.

_____. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002.

_____. *Efetividade e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *Direito e processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. "Pressupostos processuais e condições da ação". Em: Justitia. São Paulo: s/ed. 1991.

_____. *Código de Processo Civil interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

_____. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990.

BENEDUZI, Renato Resende. "*Prozessurteile e materielle Rechtskraft:* sentenças terminativas e coisa julgada material no processo alemão". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 229.

_____. "Legitimidade extraordinária convencional". *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Forum, 2014, n. 86.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERNARDI, Lígia Maria. *O curador especial no Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Fernando de Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2

BINENBOJM, Gustavo. "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo". *Interesses públicos versus interesses privados*. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. "A Justiça na TV". *Folha de São Paulo*, 02.05.2009.

BOCHENEK, Antônio César. *Competência Cível da Justiça Federal e dos juizados especiais cíveis*. São Paulo: RT, 2004.

BOMFIM, Daniela Santos. *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012.

_____. "A causa de pedir nas demandas meramente declaratórias". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 217.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

BRAGA, Paula Sarno. *A responsabilidade processual de acordo com a lei federal n.º 10.358/2001 – A* contempt of court *à brasileira*. Monografia apresentada à Universidade (UNIFACS), para a conclusão do curso de bacharelado em direito. Salvador: 2002, texto que se encontra na Biblioteca da Faculdade de Direito desta Universidade.

_____. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 148.

_____. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. "Competência adequada". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 219.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Teoria dos ilícitos civis*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 1997.

BRUTAU, Jose Puig. *Estúdios de derecho comparado – la doctrina de los actos propios*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

_____.*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O poder público em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Intervenção de terceiros: questões polêmicas.* 2 ed. São Paulo: CPC, 2002.

_____. "Reflexões a partir do novo art. 285-B do CPC". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2013, n. 223.

BÜLOW, Oskar. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

BUZAID, Alfredo. *Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CABRAL, Antonio do Passo. "Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2007, n.149.

_____. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2005, n. 126.

_____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

_____. "Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda". *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo.* Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

_____. "A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.* Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

_____. *Nulidades no Processo Moderno – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade* Prima Facie *dos Atos Processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. "Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito". *Rivista Di Diritto Processuale.* Milano: CEDAM, 2005, v. 2, n. 2, p. 449-464.

CADIET, Loïc. "Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del processo y de la justicia en Francia". *Civil Procedure Review,* v. 3, n. 3, disponível em www.civilprocedurereview.com.

_____; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé.* 7ª ed. Paris: LexisNexis, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil.* Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery (trad.). Campinas: Bookseller, 1999.

_____. "Appunti sulla sentenza come fatto giuridico". *Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti.* Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos.* 3 ed. São Paulo: RT, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. I.

_____. *Lições de direito processual civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1.

_____. *Escritos de direito processual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua", Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12. 2006, 06h30.

_____. "Seminário ´Tendências Recentes sobre Economia e Eficiência no Processo Civil´". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2013, n. 223.

_____. *Lições de direito processual civil.* 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v.1.

_____. "Será o fim da categoria 'condição da ação'? Uma resposta a Fredie Didier Junior". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, julho 2011, v. 197.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil.* São Paulo: RT, 2001.

_____. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo". *Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2010.

_____; NALIN, Paulo. "O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coordenação de Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 2003.

CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limand, 2002.

CAMPOS, Arthur Sombra Sales. "Mecanismos de proteção das expectativas legítimas no caso de rescisão da coisa julgada material". Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal da Bahia, 2012.

CAMON, Alberto. "Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata". *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: Cedam, 2008, v. LXIII.

CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1985.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto (trad.). Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. António Menezes Cordeiro (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CAPONI, Remo. "O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 192.

_____. "Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali". *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, 2010, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19m consultado em 16.04.2014.

_____. "Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais". Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 228.

CAPPELLETTI, Mauro. "Reflexões sobre a criatividade Jurisprudencial no Tempo presente". *Processo, ideologias e sociedade*. Elício de Cresci Sobrinho (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. 1.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. "O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 96.

_____. *Intervenção de terceiros*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Prova Civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Instituições do Processo Civil*. São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1, § 106.

_____. *Teoria geral do direito*. Antônio Carlos Ferreira (trad.). São Paulo: LEJUS, 1999.

_____. "Profilo dei raporti tra diritto e processo". *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, v. 35, n.4.

_____. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971.

_____. *Instituições do processo civil*. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2.

_____. *Sistema de direito processual civil*. Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classicbook, 2000, v. 2.

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Derecho y proceso*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.

CARVALHO, Daniel Luz Martins de. *Reflexos do Código Civil de 2002 no regime jurídico das intervenções de terceiro*. Monografia apresentada à Universidade (UNIFACS), para a conclusão do curso de bacharelado em direito. Salvador: 2004, texto que se encontra na Biblioteca da Faculdade de Direito desta Universidade.

_____; CARVALHO, Manuela Ghissoni de. "A intervenção de terceiro em ação direta da vítima contra o segurador e o art. 788 do código civil – uma proposta de interpretação". *Reflexos do Código Civil No Direito Processual*. Rodrigo Mazzei e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.

CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Pressupostos processuais: uma proposta de revisão metodológica*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife: s/ed., 2003.

CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal*. 5 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

_____. *Ação declaratória*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CARVALHO JR., Pedro Lino. "Da solidariedade da obrigação alimentar em favor do idoso". *Leituras complementares de Direito Civil*. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

CASSETARI, Cristiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública*. São Paulo: Método, 2007.

CASTANHEIRA NEVES. *Questão de facto – questão de direito*. Coimbra: Almedina, 1967.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estúdios de teoria general e historia del proceso (1945- 1972)*. México: UNAM, 1974, t. 1.

_____. "La Teoría General del Proceso y la enseñanza del derecho procesal". *Estudios de teoría general e Historia del proceso (1945-1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, t. 1.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 8.

CASTRO, Artur Anselmo de. *Liçoes de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1964, v.1.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRONOVO, Carlo. "L'avventura delle clausole generali". *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, ano IV, n. 1.

CAVANI, Renzo. "Contra as 'nulidades-surpresa': o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 218.

CHASE, Oscar G. "A 'excepcionalidade' americana e o direito processual comparado". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 110.

CHIOVENDA, Giuseppe. "L'azione nel sistema dei diritti". *Saggi di Diritto Processuale Civile* (1894-1937). Milano: Giuffrè, 1993, v. 1.

_____. *Princípios de derecho procesal civil*. José Casais y Santaló (trad.). Madrid: Réus, 2000, t. 2.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

_____. "Cosa Juzgada y preclusión". Santiago Sentís Melendo (trad.). Ensayos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: EJEA, 1949, v. 3.

_____. *Principios de Derecho procesal civil*. Jose Casais y Santaló (trad.). Madrid: Reus, 2000, t. 1.

CHURCHILL, Winston S. *História dos povos de língua inglesa*. Aydano Arruda (trad.). São Paulo: IBRASA, 1960, v. 1 (o berço da Inglaterra).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1972, n. 438.

_____. *Chamamento à autoria*. São Paulo: RT, 1973.

_____. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1972, n. 438.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COLESANTI, Vittorio. Eccezione (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del diritto*. Padova: CEDAM, 1965, v. XIV.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. "Alimentos no Código Civil de 2002: o direito material e o processual, com enfoque nos terceiros legitimados para a ação e a condição em que a integram, segundo o art. 1.698, última parte, do CC e rápida alusão ao Estatuto do Idoso". *O Terceiro no processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos*: Estudos em homenagem ao Prof. Athos Gusmão Carneiro. DIDIER JR., Fredie. *et alli* (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COKE, Edward. *The second part of the Institutes of the law of England*. Londres: E. and R. Brooke, 1797. Disponível em http://books.google.com.br/books?dq=Edward+Coke+The+Second+PArt&printsec=frontcover&sig=-iEJMRLXQqCdCa16f587r5PYIBY&ei=nJFLSrXcEov7tgfDu9GbDQ&ct=result&id=WCgzAAAAIAAJ&ots=1kYi9YDD56. Consulta em 01.07.2009, 13h50.

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2 ed. Bologna: Mulino, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 139, nota 25.

_____. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção". *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CONSO, Giovanni. *I Fatti Giuridici Processuali Penali*. Milano: Giuffrè, 1955

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, t. 1.

_____.*Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2005, t. 4, n. 79.

_____. *Da boa-fé no direito cível*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa 'in agendo'*. Coimbra: Almedina, 2006.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. "As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência". *Revista de Processo*. São Paulo: RT 2005, n. 121.

_____. "A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 212.

COSTA, Eduardo Fonseca da; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: s/ ed., 1961.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. "O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro". São Paulo: Boletim IBCCRIM, 2007, n. 175.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RedLivros, 1999.

_____. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999.

_____. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª ed. Buenos Aires: Julio César Faria, 2009.

CRUZ, João Claudino de Oliveira. Dos recursos no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Anotações sobre a desistência da ação". Em: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 3.

_____. "Algumas regras do Novo Código Civil e sua repercussão no Processo – prescrição, decadência etc." *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 5.

_____. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997". Em: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

_____. *A fazenda pública em juízo*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. "Algumas regras do Novo Código Civil e sua repercussão no processo: prescrição, decadência etc." *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. "A previsão do "princípio da eficiência" no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". Artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor.

_____. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Fazenda pública em juízo*. 10.ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. "A contumácia das partes como ato-fato processual". *Pontes de Miranda e o direito processual*. GOUVEIA FILHO, Roberto Campo Pinheiro et alli (coord.). Salvador: Jus Podivm, 2013.

_____. Jurisdição e competência. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. "A translatio iudicii no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jun. 2012, v. 208.

_____. "A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233.

_____. "Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, agosto 2011, v. 198.

_____. "A competência na teoria geral do direito". *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

CUNHA JR., Dirley da. "A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do colegitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC e ADPF". Em: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

CURI, Izabela Rucker. "Considerações sobre a assistência e a provocação do terceiro para intervir no feito". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989.

_____. "Por um conceito de irregularidade processual". Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). *Saneamento do processo – Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority.* New Haven: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *O princípio do promotor natural.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2004.

DANTAS, Miguel Calmon. "Direito fundamental à processualização". *Constituição e processo.* Luiz Manoel Gomes Jr., Luiz Rodrigues Wambier e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DEL PRA, Carlos. "Breves considerações sobre o amicus curiae na ADIN e sua legitimidade recursal". Em: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

DELGADO, José Augusto. "Sujeitos do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1983, n. 30.

_____. "Aspectos controvertidos da substituição processual". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1987, n. 47.

DEMARCHI, Juliana. "Ato processual juridicamente inexistente ¾ mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica". Em: *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2004, n. 13.

DEMO, Roberto Luis Luchi. "Assistência judiciária gratuita". Em: Revista da Ajuris. Porto Alegre: AJURIS, n. 83.

DENTI, Vitorio. L'eccezione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milão: Giuffrè, ano XV.

_____. "Negozio processuale". *Enciclopedia del diritto.* Milano: Giuffrè Editore, v. XXVIII.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, Jean Carlos. "A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2006, n. 37.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 6. Ed. São Paulo: RT, 2010.

DIAS, Ronaldo Bretãs C. *Fraude no processo civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DIDIER Jr., Fredie. "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual.* Rodrigo Mazzei e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

_____. "Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto".Em: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2000, n. 351, p. 65-82.

_____. "Possibilidade Jurídica do Pedido: um novo enfoque do problema - pela proscrição". Gênesis. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, 1999, v. 13, n. 13.

_____. *"Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil". Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2011, v. 197.

_____. "Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento". Em: Revista da AJURIS. Porto Alegre: 2001, v. 83; Gênesis – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2001, n. 21, p. 530-541; Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da UFBA, 2001, 09/226-238.

_____. "Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, ano 32, v. 146, 2007.

_____. *A nova reforma processual.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação.* São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Regras processuais no Novo Código Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

_____; ARAGÃO, Leandro. "A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral". *Processo societário*. Flávio Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____; BOMFIM, Daniela. "Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e supressio". *Pareceres*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. "Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)". *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 6ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 5

_____; GODINHO, Robson Renault. *"Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil"*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 234.

_____; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

_____; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova etapa da reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

_____; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita – aspectos processuais*. 3ª.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

_____; SOUZA, Marcus Seixas. "Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 220.

_____; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4.

DIMOULIS, Dimitri. "Uma visão crítica do neoconstitucionalismo". *Constituição e efetividade constitucional*. George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Electa uma via non datur regressus ad alteram*. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, t. 4.

_____. *Litisconsórcio*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. *Os gêneros do processo e o objeto da causa*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 1996, v. 2.

_____. *Execução civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Instrumentalidade do Processo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. "Declaração ex-officio da incompetência relativa?" *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, t. 1.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. "Litisconsórcio necessário ativo". *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*: Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. DIDIER JR., Fredie *et ali* (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

DINIZ, Sousa. *Código Civil Alemão*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960.

DUARTE, Ronnie Preuss. "Litisconsórcios alternativo e subsidiário no processo civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 147.

DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso*. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, s/n.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed. João Baptista Machado (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Derecho civil (parte general)*. 2 ed. Tradução da 39 ed. alemã feita por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1950, v. 2.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de Processo Civil do Estado da Bahia Anotado*. Bahia: Romualdo dos Santos Livreiro Editor, 1916. v. 1.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção 'imprópria' do processo e recurso cabível". Em: *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. "A prejudicialidade de direito Comunitário nos Tribunais Supranacionais". Em: *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". Em: *Saneamento do processo – Estudos em homenagem a Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 15- 57; *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 363-402.

_____. "Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória". Em: *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

FARIAS, Cristiano Chaves de. "Investigação de paternidade". Em: *Procedimentos especiais Cíveis – legislação extravagante*. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. "Audiência preliminar no processo civil moderno". Em: *A segunda etapa da reforma processual*. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. (coords.). São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito Civil – teoria geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. "A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório)". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2001, n. 19.

_____. *O novo procedimento da separação e do divórcio (de acordo com a Lei n. 11.441/07)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – parte geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8 ed. Milão: CEDAM, 1996.

_____. "Processo. Teoria generale". *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia* Bari: Editori Laterza, 2007, v. 1.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1988.

_____. *Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris , 2003.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Aspectos processuais do novo código civil*. Disponível em ‹http://www.amaerj.org.br/noticiasespecial6.htm› Acesso em 27.12.2004.

FERRAJIOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ, Sérgio. *Assistência Litisconsorcial no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1979.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução do Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. "Do amálgama entre razoabilidade e proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência brasileiras e seu fundamento no devido processo legal substantivo". *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2007.

FERREIRA, Cristiane Catarine de Oliveira. "Visão atual do princípio do juiz natural." Em: *Processo e constituição*. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA, William Santos. "Procedimentos na lei do inquilinato: ação revisional e renovatória de aluguel". *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil*. 5ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. "Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil". São Paulo: RT, 2012, n. 205.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, vol. IV, tomo II.

_____. *Liminares nas ações possessórias*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

FISS, Owen. "Contra o acordo". *Um novo processo civil*. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trad.). São Paulo: RT, 2004.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FORNACIARI JR., Clito. *Da reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FOSCHINI, Gaetano. Natura Giuridica del Processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1948, v. 3, parte I.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRANCO, André, CATALAN, Marcos. "Separação e divórcio na esfera extrajudicial – faculdade ou dever das partes?". *Separação, divórcio, Partilhas e inventários extrajudiciais – questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (coord.). São Paulo: Método, 2007.

FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir.* 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil.* 2ª Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada).* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Intervenção de terceiros.* São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Curso de Direito Processual Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2002, v. II.

_____. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

_____. *Novo Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, v. 4, t. 1.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental.* São Paulo: Atlas, 2008.

GALIO, Morgana Henicka. "Condições da ação, direitos fundamentais e o CPC projetado". *Revista Eletrônica de Direito Processual.* Rio de Janeiro, 2014, n. 14.

GARCIA, José Antonio Tomé. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinários.* Madri: Montecorvo, 1987.

GIANESINI, Rita. "Da recorribilidade do 'cite-se'. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais.* v. 4. São Paulo: RT, 2001.

GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antônio. "Código de Processo Civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2003, n. 111.

_____. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2003, n. 108.

GIUSSANI, Andrea. "Autonomia privata e pressuposti processuali: note per un inventario". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2012, n. 211.

GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. "Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

_____. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro.* Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013.

_____. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do "Leito de Procusto". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2014, n. 235.

GÓES, Gisele. "A prescrição e a Lei n. 11.280/06". *A nova reforma processual.* Gustavo Santana Nogueira (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. "Defesa do devedor na execução de título extrajudicial: principiologia e técnicas processuais de efetividade". *A leitura.* Belém: Escola Superior da Magistratura, 2008, v. 1.

_____. *Princípio da proporcionalidade no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil.* Campinas: Bookseller, 2003, t. 1.

_____. *Principios generales del proceso.* Buenos Aires: EJEA, 1961, t. 1.

_____. *Princípios generales del proceso.* Buenos Aires: EJEA, 1961, 2v.

GOMES, Orlando. *Obrigações.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. *Introdução ao Direito Civil.* 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo: RT, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Da denunciação da lide.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Nulidades no processo.* Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.

_____. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002.* São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6.

GONÇALVES, Graziela Marisa. "As sentenças determinativas e o juiz". *Função do Direito Privado no atual momento histórico.* Coordenação de Rosa Nery. São Paulo: RT, 2006.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil.* São Paulo: Max Limonad, s/a. v. XIV. T.1.

_____. *Tratado de Direito Civil.* 2 ed. portuguesa e 1 ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, s/ a, v. 3, t. 2.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Wliiam Couto. *Intervenção de terceiros.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "El 'neoprocesalismo'". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.* Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, ano VI, n. 9, p. 227-244.

GRANDA, Piedad González. *El litisconsórcio necesario en el proceso civil.* Granada: Editorial Comares, 1996.

GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real". Em: *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 47-59.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003.

_____. "Concurso e cumulação de ações". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2007, n. 147.

_____. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 45.

_____. *O processo de execução.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1.

_____. "Suspensão do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1995, n. 80.

_____. *Instituições de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

_____. "Os atos de disposição processual – primeiras reflexões". *Revista Eletrônica de Direito Processual.* Disponível em www.redp.com.br, 2007, v. 1.

_____."*Translatio iudicii* e reassunção do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, dez. 2008, v. 166.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.2.

_____. *Direito processual civil brasileiro.* 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____. *Intervenção de terceiros.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito Processual Civil brasileiro.* 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

GREGER, Reinhard. "Cooperação como princípio processual". Ronaldo Kochen (trad.). *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2012, n. 206.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações concorrentes — Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato,* in LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 238-243.

_____. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil.* São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. "Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada". Em: *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 361.

_____. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. "Ação civil pública em matéria ambiental e denunciação da lide". Em: *Revista de processo.* São Paulo: RT, 2002.

_____. "Coisa julgada e terceiros". *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.* Porto Alegre: Magister, 2006, n. 12.

_____. "Cumprimento da sentença". *A nova execução de título judiciais - comentários à Lei n. 11.232/05.* Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123.

_____, FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal.* 6 ed. São Paulo: RT, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar.* São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: RT, 2003.

_____. *Execução indireta.* São Paulo: RT, 1998, p. 30-34.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Eficácia ultra-subjetiva da sentença, litisconsórcio necessário e princípio do contraditório". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1996, n. 84.

_____. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública." Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1996, n. 82.

_____. *Teoria da Ciência Jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Aspectos processuais.* São Paulo: Max Limonad, 1998.

GUIMARÃES, Luiz Machado. "Carência de ação". Em: *Estudos de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969.

_____. "As três figuras do litisconsórcio". Em: *Estudos de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969.

_____. *Estudos de Direito Processual.* Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica Universitária, 1969.

HART. Herbert L. A.. *O conceito de direito.* 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

HAZARD JR., Geoffrey C. "Abuse of procedural rights: a summary view of the common law systems". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness.* Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

_____. "Abuse of procedural rights: report for the United States". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness.* Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. "As cláusulas gerais no processo civil". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2008, n.155.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional – a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

HESPANHA, Benedito. *Tratado de Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 2.

HESS, Burkhard. "Abuse of procedure in Germany and Austria". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HOOD, Parker. "Salomon's case and the single 'business organization'", in *Journal Business* Law, jan. 2001.

HOWELL, Claire. "Salomon under attack", in *Company Lawyer*, 2000, vol. 21, n. 10..

HUNT, Bishop Carleton. *The development of the business Corporation in England, 1800-1867*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2006.

JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JOBIM, Nelson. "A sentença e a preterição de litisconsorte necessário". *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1983.

JOLOWICZ, J. A. "Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation". *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

JORGE, Mário Helton. *Da denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor*. Em: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002. n. 108

JUENGER, Friedrich K. "Forum non conveniens – who needs it?" *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'". *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Palestra, 2006, v. 9.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.) 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

_____. "Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (artigo 285-A do CPC)". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 41.

_____. "As consequências da inclusão do princípio da razoável duração do processo na Constituição Federal de 1988". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2009, n. 73.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LACERDA, Galeno. *O Código como Sistema legal de Adequação do Processo*. Em: Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário. Porto Alegre, 1976.

_____. *Despacho saneador.* Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

LAMBAUER, Mathias. *Do litisconsórcio necessário.* São Paulo: Saraiva, 1982.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. *Derecho civil – parte general.* Miguel Izquierdo y Macías-Picavea (trad.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Metodologia da ciência do Direito.* 3ª ed. Tradução: José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos.* Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a, v. 1, parte general.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública.* São Paulo: RT, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. "Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas).* José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (coord.), São Paulo: RT, 2002.

_____. *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil.* Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Manual de Direito Processual Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. "O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito". Em: *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, n. 104.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pelegrini Grinover.* 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Processo de Execução.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de processo.* São Paulo, n. 19, 1980.

LIMA, Pires de e VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado.* 4 ed. Coimbra: Almedina, 1987.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. "Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 108.

LIMA, Rafael Bellem de. *Regras na teoria dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado.* São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

_____. "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária". *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 19.

LÔBO, Paulo. *Famílias.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, João Batista. "Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1984.

_____. "Breves considerações sobre o instituto da preclusão". *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, n. 23.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido processo legal substancial". *Leituras complementares de processo civil.* Fredie Didier Jr. (org.) 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

_____. "Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil" "Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil". Revista do Advogado. São Paulo: AASP, 2006, n. 26.

LUHMAN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico." *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1990.

_____. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MACÊDO, Lucas Buril de. "A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 216.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, Fábio Cardoso e AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmicas sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & Cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

MACIEL, Adhemar Ferreira. "Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo". Em: *Revista de Processo*. RT: São Paulo, 1998.

MALACHINI, Edson Ribas. "Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial". Em: *Jurisprudência Brasileira*. 163/36-43.

MALLET, Estevão. "Notas sobre o problema da chamada 'decisão-surpresa'". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 8 ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Ação Popular*. 4 ed. São Paulo: RT, 2001.

MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile*, Torino: Giappichelli, 2002, v. 1.

_____. "Riflessioni in tema di 'petitum' e di 'causa petendi'". *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1984, v. XXXIX.

MARDER, Alexandre S. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: RT, 2000.

_____. "Ideias para um 'renovado direito processual'". *Bases científicas para um renovado direito processual*. Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon Filho (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1.

_____. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". Em: *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, t. 1.

_____. "O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (Leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06)". Disponível em: www.professor-marinoni.com.br, consultado em 18.04.2006, às 15h10.

_____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____. "As novas sentenças e os poderes do juiz". *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2005.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 3 ed. São Paulo: RT, 2004.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.* São Paulo: RT, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil anotado artigo por artigo.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3.

_____. *Ensaios sobre a Jurisdição Voluntária.* 1 ed. Campinas: Millenium, 2000.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas.* São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

_____. "O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro". *Revista de Informação Legislativa.* Brasília: Senado, 1998, n. 139.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *A prova do fato jurídico no Código Civil: subsídios para análise dos artigos 230, 231 e 232".* Monografia apresentada para a conclusão do curso de bacharelado em Direito na Universidade Salvador. Salvador, 2005.

MATTAR, Mohamed Yehia. "Promissory estoppel: common law wine in civil law bottles". *Tulane Civil Law Forum,* 1988, v. 4.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado , 2009.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil.* São Paulo: RT, 1983.

MAZZEI, Rodrigo. "O manejo dos declaratórios pelo terceiro prejudicado.". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

_____. "O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.

_____. *Reforma do CPC.* São Paulo: RT, 2006.

_____. "A *'intervenção móvel'* da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art. 6º, § 3º, da LAP e art. 17, § 3º, da LIA)". Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Wambier (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins.* São Paulo: RT, 2007.

_____. "Litisconsórcio sucessivo: breves considerações". *Processo e direito material.* Rodrigo Mazzei e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDEIROS, Maria Lúcia. "O inciso XIV do art. 93 da CF". *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.* Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coord.). São Paulo: RT, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. "Litisconsórcio ativo necessário". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1997.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento.* São Paulo: RT, 2009, v. 1.

MELENDO, Santiago Sentis. *Estúdios de derecho procesal.* Buenos Aires: EJEA, 1967, t. 1.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____.*Teoria do Fato Jurídico: plano da existência.* 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico – plano da validade.* 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". Em: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03.

_____. *Teoria do fato jurídico*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. "Da ação como objeto litigioso no processo civil". *Teoria Quinária da ação*: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). Salvador: Jus Podivm, 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência cível da justiça federal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

MENDES, Conrado Hübner. "Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo Parâmetros de Discussão". *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sundfeld (coord.) São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: ‹http:/ /www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=130›. Acesso em 02.11.2001.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENEZES, Iure Pedroza. "A denunciação da lide no novo CPC e seus reflexos no Código Civil". *O projeto do novo código de processo civil*: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. DIDIER JR., Fredie; AGUIAR BASTOS, Antonio Adonias. (Coords.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

MENGONI, Luigi. "Spunti per uma teoria delle clausole generali". *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, ano IV, n. 1.

MENKE, Fabiano. "A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos". *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, n. 103

MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. *Reconvenção e excepção no processo civil*, o dilema da escolha entre a reconvenção e a excepção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir. Coimbra: Almedina, 2009.

MESSIAS, João Lucas Souto Gil. *Evitando nulidades processuais com o princípio da cooperação – da teoria à prática*. João Pessoa: Ideia, 2014.

MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *A Companhia – breve história de uma ideia revolucionária*. Tradução de S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

MILMAN, Fábio. *Improbidade processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 1983, t. 5.

_____. *Tratado de direito privado*: parte geral. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 2.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, t. XVI.

_____. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999, 7v.

_____. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1.

_____. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1.

_____. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 2.

_____. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 4.

_____. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6.

_____. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 22.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado , 2007.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2.

_____. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo". *Visões críticas do processo civil brasileiro:* uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Tesheiner. Guilherme Rizzo do Amaral e Márcio Louzada Carpena (coords.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. "Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – 'ação' processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. "Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação". *Introdução ao estudo do processo civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MONACCIANI, Luigi. *Azione e Legittimazione*. Milano: Giufffrè, 1951.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Ezequiel. "O procedimento extrajudicial previsto na Lei 11.441/2007, para as hipóteses de que trata, é obrigatório ou facultativo? Poderão ou deverão?". *Separação, divórcio, Partilhas e inventários extrajudiciais – questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (coord.). São Paulo: Método, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breves observações sobre a execução de sentença estrangeira à luz das recentes reformas do CPC". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 138.

_____. "Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças", in *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. "Sentença executiva?". *Leituras complementares de processo civil.* Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2005.

_____. "Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil". *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. "A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil". *Temas de Direito Processual – 7ª série.* São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. "A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro". *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. "Convenções das partes sobre matéria processual". *Temas de direito processual – terceira série.* São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". Em:*Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. "Notas sobre o problema da efetividade do processo". *Temas de direito processual civil – terceira série.* São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária". Em: *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, 1969, n. 404.

_____. "Reconhecimento do pedido". Em: *Direito processual civil – ensaios e pareceres.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. "Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição". Em: *Direito Aplicado II.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. "Ação declaratória e interesse". Em: *Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro.* 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *O novo processo civil brasileiro.* 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *O novo processo civil brasileiro.* 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. "Quanti minoris". Em: *Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC". Em: *Temas de direito processual – quinta série.* São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. "A tutela específica do credor nas obrigações negativas". Em: *Temas de direito processual.* 2a. série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.

_____. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória". Em: *Temas de direito processual – quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo". Em: *Temas de direito processual civil.* 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "Questões prejudiciais e questões preliminares". Em: *Direito processual civil – ensaios e pareceres.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo". Em: *Temas de direito processual civil – segunda série.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. "Sobre pressupostos processuais". Em: *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial". Em: *Temas de Direito Processual – primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. "Processo civil e processo penal: mão e contramão?". Em: *Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. "Reformas processuais e poderes do juiz". Em: *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. "Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão". Em: *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. "Direitos difusos e coletivos". Em: *Revista Trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. "Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?" Em: *Temas de direito processual – 5ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. "Conflito positivo e litispendência". Em: *Temas de direito processual – Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. "Eficácia da sentença de interdição por alienação mental". *Temas de Direito Processual – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "Sobre os pressupostos processuais". *Temas de Direito Processual – Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "O litisconsórcio e seu duplo regime". Em: *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. *Estudos sobre o novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974.

_____. "Intervenção litisconsorcial voluntária". Em: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. "A expressão "competência funcional" no art 2º da Lei da Ação Civil Pública". Em: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Èdis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2005.

_____. "A competência como questão preliminar e como questão de mérito". *Temas de direito processual – 4ª. Série*. São Paulo: Saraiva, 1989

_____. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003.

_____. "Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Novo processo civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. "A constitucionalização do processo no direito brasileiro". *Estudos de direito processual constitucional*: Homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

MORELLO, Augusto M. *La eficácia del proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2001.

MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*: della competenza; principii generali della procedura. 2 ed. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, [s.d.], v. II.

MOURA, Mário de Assis. *Da intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1932.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. "Coisa julgada, condições da ação e a impossibilidade de repropositura da demanda". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 17.

_____. *Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas)*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

_____. "O mérito do processo civil contencioso como uma unidade de tensões opostas". *Tese de doutoramento*. São Paulo: PUC/SP, 2012.

_____. *Coisa julgada*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

MOUZALAS, Rinaldo. "Duplicidade da ação declaratória". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 237.

MOUTA, José Henrique. "Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações e críticas". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 37.

MÜLLER, Julio. "Acordo processual e gestão compartilhada do procedimento". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. *Intervenção do Ministério Público no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. "Impedimento e suspeição de conselheiro do Cade no processo administrativo da concorrência". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2000, n. 100.

_____; CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.

NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004.

_____; *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3 ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante em vigor*. 4 ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6 ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 6 ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. São Paulo: Forense, 1995.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004.

_____. Ações probatórias autônomas. Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

NEVES, Marcelo. "A 'desrazão' sem diálogo com a 'razão': teses provocatórias sobre o STF". Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf, consultado em 17.02.2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. "Notas sobre Preclusão e *Venire contra Factum Proprium*". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 168.

_____. "Situações Jurídicas Processuais". In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial – 2ª série*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. "A cláusula geral do acordo de procedimento no Projeto do Novo CPC (PL 8.046/2010)". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

NORONHA, Fernando de. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. "Preclusão como fator de estruturação do procedimento". *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Rosemiro Pereira Leal (coord). Síntese: Porto Alegre, 2004, v. 4.

_____. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____; TEIXEIRA, Ludmila. "Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos". Revista Consultor Jurídico, 31.08.2012.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007, *passim*.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. "*Efetividade e processo de conhecimento*". Em: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 96.

_____. "Garantia do Contraditório". Em: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*.. São Paulo: RT, 1999.

_____. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". Em: *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003.

_____. *Alienação da coisa litigiosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137.

_____. "O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2002, n. 26, p. 653-664.

_____. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1.

_____. "Efetividade e tutela jurisdicional". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 34; *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. "O problema da eficácia da sentença". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. "Direito material, processo e tutela jurisdicional". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. "Condições da Ação: a possibilidade jurídica do pedido". Em: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 46.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial – a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. "A arbitragem e as parcerias público-privadas". Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005 GUSTAVO%20 JUSTINO.pdf.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, Milton Moreira de. "Inexistência da Relação de Emprego: Carência ou Improcedência da Ação." *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba: Forense, 1984, n. 42.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2010.

_____. "Notas sobre a decisão que acolhe exceção substancial dilatória". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, v. 223.

_____. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

OLIVEIRA Jr., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971.

OLIVEIRA NETO, Cândido de. "*Carência de Ação*". Em: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1948, n. 115, p. 66-75.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994.

ORIANI, Renato. Eccezione. *Digesto delle Discipline Privatistiche*: sezione civile. Turim: UTET, 1991, v. VII.

PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. 11 ed. revista e ampl. São Paulo: RT, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1984, v. X.

_____. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data — Constituição e Processo*. São Paulo: Forense, 1991.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

_____. "Instrumentalidade do processo e devido processo legal". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001.

_____. "Denunciação da lide". Em: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. "Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido". *Revista de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Saraiva, v. 4.

PAULA, Daniel Giotti de. "Aplicação do CPC e dos princípios processuais nos processos junto ao CADE". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 55.

PECZENIK, Alexsander. *On law and reason*. 2ª ed. Springer, 2008.

PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Normas jurídicas individualizadas – teoria e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 1993.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. "Restrições à atuação processual dos cônjuges à luz do art. 10 do CPC e das influências do Código Civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2013, n. 121.

_____. "Breves considerações sobre a ressignificação da coisa julgada formal e a sua eficácia extraprocessual". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2014, n. 141.

_____; MACEDO, Lucas Buril de. "A denunciação da lide como remédio jurídico processual: uma contribuição à luz da doutrina de Pontes de Miranda". *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. DIDIER JR., Fredie; GOUVEA, Roberto; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

PEREIRA, Luis Guilherme Gonçalves. *A possibilidade jurídica de julgamentos implícitos no processo civil*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2012.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. "A Transação no Curso da Ação Civil Pública". Em: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 16.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. "A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável". *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões. Série Grandes Temas de Direito Privado*. Mario Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (coord.). São Paulo: Método, 2005, v. 3.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Maria Cristina De Cicco (trad.). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal Comum*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PESSOA, Valton. *Transação extrajudicial nas relações individuais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

PICÓ I JUNOY, Joan. "La buona fede processuale: una manifestazione dell´autoritarismo giurisdizionale?". *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 2013.

PICOZZA, Elisa. "Il calendario del processo". *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: CDEAM, 2009, LXIV, n. 6.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4 ed. Napoli: Jovene Editore, 2002.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.

POZZOLO, Susanna. "Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, v. 21, II, 1998. Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf.

PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Núria Fabris, 2008.

RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*. Padova: CEDAM, 1971.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

REDONDO, Bruno Garcia. "Réplica, tréplica e quadruplica no direito processual civil: esmiuçando o estudo de relevantes institutos desprestigiados". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 215.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas na prova*. São Paulo: RT, 1985.

REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, n. 410.

RESTIFFE NETO, Paulo, e RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Locação – questões processuais*. 4 ed. São Paulo: RT, 2000.

REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

RIVAS, Adolfo. *Teoría General Del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

ROCCO, Ugo. *Tratado di Diritto Procesuale Civile*. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1957, v. 2.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria geral do processo*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Geisa. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

_____. *Elementos de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES NETO, Nelson. "A figura do estipulante na ação direta da vítima no seguro obrigatório de responsabilidade civil". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*. Fredie Didier JR. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, t. I.

_____. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, t. II.

_____. *La carga de la prueba*. 2 ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002.

ROSENVALD, Nelson. "Prescrição: da exceção à objeção". *Leituras complementares de Direito Civil*. Cristiano Chaves de Farias (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

_____. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RÚA, Fernando de La. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

SALAZAR, Rodrigo. "Hipótese de denunciação da lide do art. 70, I, do CPC: análise do art. 456 do novo CC. Possibilidade de denunciação per saltum?". Em: Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil. Fredie Didier JR. e Teressa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

_____. *Denunciação da lide como meio de efetivação processual. Limites exegéticos*. Monografia de final de curso apresentada à Faculdade Jorge Amado/JusPODIVM. Salvador.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens móveis e imóveis*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SAMPAIO Jr., José Herval. *Processo constitucional – nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.

SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1984.

_____. "Objeto do processo e objeto litigioso do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1979, n. 13

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris , 2004.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, v. 3.

_____. *Código de Processo Civil Interpretado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/a, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

_____. *Da reconvenção no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958.

SANTOS, Nelton dos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo*. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; _____. (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". *Leituras complementares de processo civil*. 5 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

_____. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". *Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

SCANLAN, G. "The Salomon Principle", *in Company Lawyer* (2004), volume 25, n. 7.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1968.

SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. *"O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (lei nº 9.784/1999)"*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n.2, 2005. Disponível em: «http://www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-de-direito-do-estado». Acesso em 21 de maio de 2012.

SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SILVA, Nelson Finotti. "A intervenção de terceiros sob a luz do art. 1.698 do Novo CC e o Estatuto do Idoso". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 292.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v.I.

_____. *Curso de Processo civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1.

_____. *Sentença e coisa julgada*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. *Acto e Processo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A antecipação da tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2003, 3 v.

_____. "Direito material e processo". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 33; *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. "Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

_____. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

_____; HÜBNER, Conrado. "O STF e o populismo judicial". Folha de São Paulo, 11.05.2009.

SOARES, Fernando Luso. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1980.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. "Fundamentos Epistemológicos para uma Teoria Geral do Processo". *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUSA, Miguel Teixeira e. "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 63.

_____. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação recisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

STANDER, Célia e MALTA, Elisa. "A coisa julgada nas ações civis públicas e a Lei 9.494/97". Em:*Revista LTR*. São Paulo: LTR, n. 62.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

STUBBS, William. *Germany in the Early Middle Ages* (476-1250). New York: Arthur Hassal, 1908.

SZANIAWSKI, Elimar. "Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade". *Revista Trimestral de Direito Civil.*, vol. 5. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. "A prova emprestada no processo civil ou penal". Em: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998. n. 91.

_____. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29.

_____. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

_____. "Arguição de convenção arbitral no projeto de novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem)". *Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. "General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness". *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/ Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Método, 2012.

TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88 – (Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades do processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. "Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz". Disponível em http:// www.tex.pro.br/, consultado em 24.09.2007, às 17h30.

TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. "Pressupostos Processuais, Condições da Ação e Mérito da Causa". Em: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1980, n. 17.

_____. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2.

_____. "O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.1.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. "Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho". *Reflexos do Novo Código Civil na legislação processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THUR, A. Von. *Tratado de las obligaciones*. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1.

TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TORNAGHI , Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1976, v. 1, t. 2.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos". Em: *Causa de pedir e pedido no processo civil.* São Paulo: RT, 2002.

_____. *Desistência da ação.* São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. "Garantia do processo sem dilações indevidas".Em: *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999.

_____. "Considerações acerca da inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo". *Revista Jurídica*, n. 281, março de 2001.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano.* São Paulo: RT, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria. "Considerações acerca da inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo". Revista Jurídica.Porto Alegre, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo.* São Paulo: Saraiva, 1989.

URIBES, José Manuel Rodríguez. *Formalismo ético y constitucionalismo.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral.* 9 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

VENTURI, Elton. *"Sobre a intervenção individual nas ações coletivas".* Em: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile.* 6 ed. Napoli: Jovene, 2002.

VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao código civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVI.

VICENZI, Brunela Vieira de. "Competência Funcional - Distorções". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2002.

_____. *A boa-fé no processo civil.* São Paulo: Atlas, 2003.

VIDIGAL, Luis Eulálio Bueno de. "Por que unificar o direito processual?". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1982, n. 27.

_____. "Por que unificar o direito processual? *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1982, n. 27.

VIGLIAR, José Marcelo. *Ação Civil Pública.* 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. "Ação Civil Pública ou ação coletiva?". Em: Ação Civil Pública - Lei 7.347/1985 - 15 *anos.* Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2001.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile.* Milão: Giuffrè, 1973.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. "Abuso do procedimento especial". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2012, n. 204.

_____. "A audiência preliminar como fator de otimização do processo: o saneamento 'compartilhado' e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2004, n. 118.

_____; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 1999, v. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória.* São Paulo: RT, 2002.

_____. "Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.* Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2001.

_____. *Nulidades do processo e da sentença.* 4ª ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Nulidades do processo e da sentença.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Nulidades do processo e da sentença.* 6ª ed., São Paulo: RT, 2007.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória.* 2ª ed São Paulo: RT, 2008.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *Parte geral e processo de conhecimento.* São Paulo: RT, 2009, v. 1.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. "Considerações sobre a intervenção de terceiros trazida no art. 1.698 do CC: a questão da complementação dos alimentos pelos parentes". *O Terceiro no processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos:* Estudos em homenagem ao Prof. Athos Gusmão Carneiro. DIDIER JR., Fredie. *et alli* (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WARDE Jr., Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: RT, 1987.

_____. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". *Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Controle Jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais.* São Paulo: RT, 1980.

_____. "Relação entre demanda coletiva e demandas individuais". *Revista de Processo.* São Paulo:RT, 2006, n. 139.

WORMSER, I. Maurice. *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems.* New York: Baker, Voorhis and Company, 1927 (Reprinted 2000).

YARSHELL, Flávio Luiz. "Para pensar a Semana Nacional da Conciliação". *Folha de São Paulo,* 08.12.2009, p. A3.

_____. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade.* São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

_____. "Tutela jurisdicional meramente declaratória". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1994, n. 76.

_____. *Tutela Jurisdicional.* São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Competência no Estatuto do Idoso. (Lei n. 10.741/2003).* Disponível na Internet: http:// www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 29.12.2004.

_____. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos". *O Código Civil e sua interdisciplinaridade – os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito.* José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Ação rescisória.* São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.* 8ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

ZANETI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo. Aspectos processuais controversos.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

_____. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. "Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. "A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico". In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Coord.). *Direito Civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. "A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. revista, ampliada, alterada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180.

ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos*. 3ª. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1964, v. 1.

ZAVASCKI, Teori Abino. *Antecipação da Tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8.

_____. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados". *Leituras complementares de processo civil*. 3 ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2005.

_____. "Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público". *Processos coletivos*. Porto Alegre: 2009, v. 1, n. 1, out-dez. Disponível em http://www.processoscoletivos.net/artigos/091010_zavascki_competencia_para_a_causa_e_reparticao_das_atribuicoes.php, acesso em 07.10.2009, 07h30.

ZAVASCKI, Teori Albino. "Executividade das sentenças de improcedência em ações declaratórias negativas". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 208.

ZEISS, Walter. *El dolo procesal: aporte a le precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico*. Tomas A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual dos direitos fundamentais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.

Uma nova fase deste Curso começa.

Após mais de quatro anos de tramitação legislativa, o Brasil tem um novo Código de Processo Civil: o primeiro Código de Processo Civil publicado em regime democrático; o primeiro código, *tout court*, cuja tramitação legislativa se deu totalmente em regime democrático.

Não é pouca coisa.

Durante dois anos e meio, ajudei a Câmara dos Deputados na tarefa de produzir um texto normativo de consenso. Sérgio Barradas Carneiro, deputado baiano, primeiro relator do projeto na Câmara, me escolheu para assessorá-lo; Paulo Teixeira, o relator que conduziu o processo legislativo até o encerramento na Câmara, me manteve nessa função. Essa foi a maior experiência profissional, intelectual e política da minha vida. Precisarei de outra vida para agradecer a Sérgio e a Paulo pela confiança. Aliás, um registro: posso testemunhar que é possível conduzir um processo legislativo dessa magnitude, com espírito republicano e democrático, capacidade de articulação e perseverança. Sérgio e Paulo honram o Brasil.

Como não poderia deixar de ser, este Curso vem completamente refeito. É preciso construir, a partir de agora, o sistema do processo civil brasileiro.

Todos os volumes do Curso estão sendo reconstruídos. Não estão sendo apenas atualizados; estão sendo repensados. Tarefa difícil, mas extremamente prazerosa.

Que os alunos, professores, juristas e tribunais continuem acolhendo este Curso da mesma maneira.

FREDIE DIDIER JR.
www.frediedidier.com.br
facebook.com/FredieDidierJr

ISBN 8544203531

CONFORME NOVO CPC 2015

EDITORA JUSPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br